Das furtum usus.

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ALFONS STEINSIEK

Referendar a. D.

aus Bielefeld.

1 9 3 6

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1936/125

Referent: Prof. Dr. Köhler.

Durch die Approbation der Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin geäußerten Ansichten.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0081

INHALTS-VERZEICHNIS

I. Einleitung.

§ 1. 1

II. Das furtum usus.

§ 2. Der Begriff des furtum usus in der allgemeinen Bedeutung . 2

§ 3. Die Abgrenzung des furtum usus
1. gegenüber dem Diebstahl 5
2. gegenüber der Sachbeschädigung 8

§ 4. Historische Betrachtung des furtum usus
1. im römischen Recht 10
2. im deutschen Recht 11

§ 5. Das furtum usus im geltenden Recht
1. § 290 St.G.B. 13
2. § 370 Ziff. 6 St.G.B und 17
3. Weitere einschlägige Bestimmungen des furtum usus im Reichs- und Landesstrafrecht 18
4. Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Okt. 1932.
a) Der Zustand vor Erlaß der Verordnung . . . 20
b) Der Zustand nach Erlaß der Verordnung . . . 24

§ 6. Kritik an dem Rechtszustand nach geltendem Recht . . . 29

§ 7. Die Unhaltbarkeit der Begründung der Straflosigkeit des furtum usus 32

§ 8. Das furtum usus an Geistesgut 36

§ 9. Ergebnis 37

§ 10. Das furtum usus de lege ferenda 38

§ 11. Kurze Betrachtung der Behandlung des furtum usus im ausländischen Recht 39

III. Schluß.

§ 12. Vorschlag über die Behandlung des furtum usus im nationalsozialistischen Strafrecht 40

LITERATUR

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig und Erlangen 1922.

Arndt: Brennende Tagesfragen unseres Verkehrslebens, in: Das Recht des Kraftfahrers. 1926, 1928.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 13. Aufl. Leipzig 1884.

Binding: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil, Band II, Leipzig 1905.

— Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I und II. 2. Aufl., Leipzig 1916—1919.

Birkmeyer, Karl: Die Verbrechen gegen das Vermögen im Rechtssinn. Encyklopädie der Rechtswissenschaft S. 1172 ff. 2. Aufl., Berlin 1912.

Birkmeyer: Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung, in: Goltd. Arch. 48. Jg. S. 67 ff.

Birnbaum: Beiträge zur näheren Erörterung des röm. Begriffs vom furtum im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Halle 1843.

— Begriff der Entwendung, in: Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 13, Halle 1832, S. 416 ff.

Brinck, Christian: Das furtum usus. Inaugural-Dissertation Bonn 1895.

Brunner, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. II, 2. Aufl., Leipzig 1906—1927.

Bohm: Der Schwarzhörer im Lichte des Strafrechts. D. J. Z. 1926, 31. Jg., Sp. 512.

Buurmann: Die Strafbarkeit des furtum usus. Diss. Göttingen 1923.

Carl, Wilhelm: Das furtum usus (Ein Beitrag zur Lehre vom römischen furtum). Diss. Erlangen 1891.

Conrad: § 242 St. G. B. Diebstahl. Zueignung. furtum usus. D. J. Z. 1924, Sp. 740/741.

Denkschrift des preußischen Justizministers „Nationalsozialistisches Strafrecht". 1933.

Dollmann, Friedrich: Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. Kempten 1834.

Eckstein: Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung. Der Gerichtssaal Band 80.

Elster, Alexander: Gebrauchsdiebstahl von Geistesgut, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 53. Berlin und Leipzig 1934.

Feuerbach: Verletzung des Eigentums durch Entwendung. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. Gießen 1847, S. 502 ff.

Finger: Kritische Besprechung von Entscheidungen des Reichsgerichts. In: Der Gerichtssaal Bd. 78, S. 403 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl., Tübingen 1931.

Friesecke, Kuno: Ist Schwarzfahrt Diebstahl? Im: Deutsches Autorecht. 3. Jg., 1928, S. 3.

— Kann die Wegnahme eines Kraftfahrzeuges zu vorübergehender rechtswidriger Benutzung als Diebstahl bestraft werden? Im: Deutsches Autorecht, 3. Jg. 1928.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. völlig umgearb. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.

Graf Gleispach, Wenzelaus: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. 1. Teil, Berlin 1905.

Gürtner, Franz: Zur Frage des Autodiebstahls. In: Archiv für Kriminologie 1932, Bd. 91, S. 117 ff.

— Das kommende deutsche Strafrecht (Allg. Teil). Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1934.

Harburger: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besond. Teil. Band VI. Berlin 1907.
Hälschner: Der Diebstahl. System des preußischen Strafrechts. 2. Teil, S. 388 ff. Bonn 1868.
— Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. II, 1. Abtl. Bonn 1884.
Hegler, August: Rechts- und Staatsphilosophie. Die Systematik der Vermögensdelikte. Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. IX, 1915/1916, S. 369 ff.
Henkel, Heinrich: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934, H. 3.
v. Hippel: Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.
Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. III. Berlin 1874.
Hückel, Arthur: Über die Dreiteilung „furtum rei ipsius, furtum usus, furtúm possessionis". Inaugural-Dissertation. Tübingen 1886.
v. Jhering, Rudolph: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. II. 5. Aufl., Leipzig 1891.
Kahl: Zum Entwurf eines Gesetzes, betr. die Bestrafung der widerrechtlichen Entziehung fremder elektrischer Arbeit. D. J. Z. 1900, S. 30 ff.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. 1. u. 2. Bd., Leipzig 1903.
Klee: Strafe ohne geschriebenes Gesetz. D. J. Z. 1934, 39. Jg. Sp. 639—643.
Klien, Carl: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Teil, Nordhausen 1806.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen 29. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930.
— Das Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. In Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 20, S. 465 ff.
Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. München 1900.
— Reformfragen des Strafrechts. München 1903.
— Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig 1917.
Köstlin, Reinhold: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858.
Krebs, Walther: Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung. Inaugural-Dissertation, Breslau 1915.
Krüger, Alfred: Die Ansprüche aus dem Gebrauchsdiebstahl nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaugural-Dissertation, Heidelberg, 1910.
Kübler: Gaius Institutionen. Leipzig.
Leipziger Kommentar: Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Ludwig Ebermayer, Dr. Adolf Lobe, Dr. Werner Rosenberg. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Leutz, Eduard: Die Sachbeschädigung. Inaugural-Dissertation. Freiburg 1914.
v. Lilienthal: Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 32, S. 1 ff.
Lisch, Hermann: Der unbefugte Gebrauch fremder Sachen im heutigen deutschen Strafrecht. Dissertation Rostock 1912.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Loeffler, Felix: Die gewerbliche private Pfandleihe. Berlin 1908.
Luetgebrune: Der Grundsatz „nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" im nationalsozialistischen Strafrecht. In: Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts. 1933.
Mandowski, Oskar: Hundert Stellen aus dem Corpus iuris (Digesten). 5. Aufl., Breslau 1890.
Merkel: s. Holtzendorff's Handbuch.
Meyer, Th.: Gedanken und Bedenken zur Strafandrohung gegen die Schwarzfahrt. In: Das Recht des Kraftfahrers, 1930, Nr. 9.
Mittermaier, W.: Diebstahl und Unterschlagung. Im: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Bd. II, Bes. Teil, S. 348 ff.
Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

Oesterle: Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen unbefugtem Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Okt. 1932. In: Kriminalistische Monatshefte. 6. Jahrg. 1932, S. 271 ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I und II., 10. und 11. Aufl., Berlin 1916 und 1927.
Ollendorf, Friedrich: Die Wegnahme von Sparkassenbüchern zum Zwecke der Erhebung von Teilbeträgen. In: Strafrechtliche Abhandlungen, begr. von Bennecke, Breslau 1914.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., Berlin 1901.
v. Pradzynski, W.: Das Verhältnis der Sachbeschädigung zur Aneignung. Breslau 1908.
Roßhirt: Über den Begriff des röm. furtum und des deutschen Diebstahls. In: Neues Archiv des Kriminalrechts. III. Halle 1820.
Rotering: Über die Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 des Strafgesetzbuches. In: Der Gerichtssaal Bd. 36. S. 520 ff.
— Zeit- und Streitfragen (Sachbeschädigung). S. 410 ff., in: Goltdammers Archiv Bd. 47 und die Sachbeschädigung, in: Der Gerichtssaal Bd. 47 S. 211 ff.
— Die Gruppenbildung der Polizeiübertetungen, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 26. Bd. Berlin 1906, S. 719 ff.
Schaffstein: Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung. In: Der Gerichtssaal, 1933, Bd. 103, S. 292 ff.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar. Berlin 1914.
v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl., 1884.
Schwarze: Der sogenannte Futterdiebstahl. In Abhandlungen des kriminalistischen Seminars. v. Dr. Franz v. Liszt, Bd. III, Berlin 1894, S. 264 ff.
Schirmer: Zur Lehre von furtum. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. 1884, Bd. 5 (XVIII. Bd. d. Zeitschrift f. Rechtsgeschichte) S. 207 ff.
Salkowski, Carl: Lehrbuch der Institutionen. Leipzig 1892. 6. Aufl.
Sauer, Wilhelm: Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? Inaugural-Diss., Halle 1908.
Sauer: Goltdammers Archiv, Band 63, S. 284 ff.
Stenglein, M.: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches. Bd. I u. II. 5. Aufl., Berlin 1931.
Stiefel, Ernst: Wird die Schwarzfahrt bestraft? In: Die öffentliche Versicherung, Jg. 1931 S. 270 ff.
— Schwarzfahrten und ihre Bestrafung. Deutsche Juristenzeitung 1931, 36. Jg. Sp. 1577/78.
Siegert, Karl: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
Strickstrack: Der Schwarzhörer im Lichte des Strafrechts. D. J. Z. 1926. 31. Jg., Sp. 161—164.
Temme: Die Lehre vom Diebstahl nach preußischem Recht. Berlin 1840.
ten Hompel, Adolf: Das furtum usus de lege ferenda. In: Z. Str. W. Bd. 19. S. 795 ff.
— Das furtum usus und die Notwendigkeit seiner Bestrafung. Inaugural-Diss. Göttingen 1897.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. 1902—1909.
Wagner, Otto: Die Verordnung gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Okt. 1932. In: Juristische Rundschau 1932, Nr. 24.
— Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern mit Erläuterung. Berlin 1932.
Walther, Kurt: Der Gebrauchsdiebstahl. Inaugural-Dissertation, Erlangen 1933.

Wächter: in Weiske's Rechts-Lexikon, Art. Diebsathl. 3. Bd. (S. 354 ff.). Leipzig 1841.
— Deutsches Strafrecht, Vorlesungen, 1881, § 133. In Z. Str. W. Bd. XIX.
Weinschal, Abraham: Erschleichen von Leistungen im geltenden und zukünftigen Strafrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz mit Berücksichtigung der Entwürfe. Inaugural-Dissert. 1916.
Wilda: Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. II, 9. Aufl., Frankfurt 1906.
Wolf, Erik: Der Sachbegriff im Strafrecht. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe Fünfter Band.
Zimmer, Willy: Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Inaugural-Diss. Halle 1913.
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15. Mai 1871.
Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927 von Schäfer, Mannheim, Berlin, Leipzig. 1927.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Berlin 1920.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Teil 1 und 2. Berlin 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. 1927.
Begründung zum Entwurf von 1927.
Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Abgedruckt bei Kohlrausch. St. G. B. S. 460.
Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 25. Aufl. München u. Berlin 1935.
Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909. Von Philipp Seuffert. München und Berlin 1910.
Zusammenstellung der Gesetze und Verordnungen mit Gesetzeskraft der einzelnen Bundesstaaten über das Pfandleihgewerbe. Abgedruckt bei Loeffler, die gewerbliche private Pfandleihe. (S. 126 ff.). Berlin 1908.
Verordnung zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. März 1924.
Feld- und Forst-Polizei-Gesetz vom 1. April 1880 in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Januar 1926. Abgedruckt bei Dalcke. Berlin 1931.
Das Polizeistrafgesetzbuch für Bayern, von Schiedermair. 2. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1931.
Mecklenburg-Schweriner Verordnung betreffend die Bestrafung der Feldfrevel, vom 2. September 1879.
Württembergisches Polizeistrafgesetzbuch von 1839/71.
Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nebst dem Einführungsgesetze vom 31. Mai 1870. Berlin 1870.
Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. M. Stenglein. München 1858.
Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Breslau 1853.
Allgmeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Teil II. Berlin 1794.
Codex Juris Bavarici Criminalis De Anno MDCCLI.
Carpzow Practica Nova II. 1584.
Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Constitutio Criminalis Carolina. Kohler und Scheel. Halle a. S. 1900.
Der Schwabenspiegel, von Laßberg. 1840.
Der Sachsenspiegel. Weiske-Hildebrand, 11. Aufl. Leipzig 1929.
Corpus Juris Civilis. Institutiones recognovet Paulus Krueger. Digesta recognovet Theodorus Mommsen. Berolini MCMXXII.
Die ausländischen Strafgesetzbücher sind abgedruckt bei Walther, Dissertation S. 6 u. S. 39—46; ten Hompel Diss. S. 28—32.

Abkürzungen.

A. A. = Anderer Ansicht.
a.a.O. = am angeführten Orte.
Anm. = Anmerkung.
Bay. Ob. L. G. = Bayerisches Oberstes Landesgericht.
Begr. = Begründung.
CCC. = Constitutio Carolina Criminalis.
Dig. = Digesten.
Diss. = Dissertation.
D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.
Entw. = Entwurf.
fr. = fragmenta.
Goltd. Arch. = Goltdammers Archiv.
G. S. = Der Gerichtssaal.
H. H. = Holtzendorffs Handbuch.
Inst. = Institutionen.
J. R. = Juristische Rundschau.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
K. F. G. = Kraftfahrzeuggesetz.
Komm. = Kommentar.
Lb. = Lehrbuch.
Leipz. Komm. = Leipziger Kommentar.
N. Arch. d. Cr. R. = Neues Archiv des Criminalrechts.
Neue Folge = Archiv des Criminalrechts. Neue Folge.
O. L. G. = Oberlandesgericht.
Pand. = Pandekten.
Recht = Das Recht.
R. G. Bl. = Reichsgesetzblatt.
R. d. K. = Recht des Kraftfahrers.
R. G. St. = Reichsgericht in Strafsachen.
R. G. Z. = Reichsgericht in Zivilsachen.
R. Lex. = Rechtslexikon.
R. M. G. H. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Schw. Sp. = Schwabenspiegel.
S. Sp. = Sachsenspiegel.
vergl. = vergleiche.
Z. Str. W. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. EINLEITUNG.

§ 1.

„Die Reform des deutschen Strafrechts ist die große und bedeutsame Aufgabe, die für das nächste Jahrzehnt auf dem Gebiete des Rechtslebens voraussichtlich gestellt sein wird. Die Aufgabe ist eine nationale, sie kann nur gelöst werden in einmütigem Zusammenwirken der berufenen Kräfte des deutschen Volkes, sie muß an die heimische Rechtsentwicklung anknüpfen und dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes entsprechen“ [1]). Drei Jahrzehnte sind seitdem vergangen und noch ist diese Aufgabe nicht vollendet. Die deutsche Strafrechtsreform war zur Erfolglosigkeit verurteilt, weil kein einheitliches staatliches und völkisches Denken mehr hinter ihr stand. Erst mit dem Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung ist eine neue Grundlage geschaffen, auf der sich in kürzester Zeit im Sinne der einleitenden Worte eine Reform und Neuschöpfung des Strafrechts entwickeln kann.

Eine Reform des geltenden Rechts hat bei den Lücken und Mängeln dieses Rechts einzusetzen, es soll daher hier zunächst das furtum usus im geltenden Recht dargestellt werden. Bei dieser Darstellung wird sich zugleich zeigen, daß das furtum usus nicht bloß geschichtlichen Wert hat und es keineswegs ein völlig veraltetes Rechtsinstitut darstellt. Noch im Jahre 1900 ist das furtum usus bei dem Elektrizitätsdiebstahl von namhaften Juristen [2]) mit in den Mittelpunkt der Erörterung gestellt worden. Auch in der darauf folgenden Zeit hat das furtum usus stets praktische Bedeutung bei strafbaren Grenzfällen gehabt. Im Jahre 1932 hat das furtum usus sehr an Bedeutung gewonnen und zwar mit dem Erlaß der Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932.

Es wird Endzweck der Arbeit auf Grund der gefundenen Ergebnisse sein, die Frage zu untersuchen, ob und wie im nationalsozialistischen Strafrecht das furtum usus zu ahnden sein wird.

---

1) Diese Worte wurden dem im Jahre 1902 bis 1909 geschaffenen großen Werke „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, als Geleitworte vorangestellt.

2) Vgl. Kohlrausch, Z. Str. W. Bd. 20, S. 466 ff. und Kahl D. J. Z. 1900 S. 32 ff.

II. DAS FURTUM USUS.

§ 2. Der Begriff des furtum usus in der allgemeinen Bedeutung.

Bevor die Grundprobleme des furtum usus und seine Bedeutung im geltenden Recht behandelt werden können, bedarf es einer Feststellung dessen, was unter furtum usus zu verstehen ist. Der Begriff des furtum usus ist von alters her bestritten [3]). Wenn auch nicht auf alle in der Literatur vertretenen Ansichten eingegangen werden kann, so müssen doch die Hauptfragen behandelt werden, zumal das geltende Recht den Begriff des furtum usus im römisch-rechtlichen Sinne nicht kennt. Im römischen Recht wurde das furtum usus wie das furtum possessionis und das furtum rei unter den gemeinsamen Oberbegriff furtum zusammengefaßt. Diese Ansicht stützt sich in erster Linie auf die bekannte und viel erörterte Definition des Juristen Julius Paulus lib. 39 ad. Edictum:

„furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve" (fr. 1, 3 Dig. 47, 2).

Über die Konstruktion dieser Stelle gibt es in der Hauptsache zwei Theorien, die Vertreter [4]) der einen lassen die Genitive „rei ipsius, usus, possessionis" von contrectatio abhängen, die Vertreter [5]) der anderen beziehen jene Genitive auf „animus lucri faciendi„. Beide Theorien können wichtige Momente für sich ins Feld führen, sodaß man nicht sagen kann, daß die eine oder die andere Auffassung falsch ist. Nach der herrschenden Ansicht gehören sie zu contrectatio [6]). Schließen wir uns dieser Ansicht an, so ergibt sich die Einteilung des gesamten furtum in drei Hauptkategorien, was übrigens in dieser Weise in den Quellen technisch nicht vorkommt [7]), nämlich: „furtum rei, wenn die Absicht des Diebes dahin geht, sich die entwendete Sache selbst anzueignen, wenn also die in dem Diebstahl enthaltene Verfügung eine Verletzung des Eigentums im ganzen darstellt; furtum usus, wenn die Absicht des Diebes darauf beschränkt ist, sich unbefugterweise den Gebrauch einer Sache anzumaßen; furtum possessionis, wenn die Absicht des Diebes nur gegen die einem anderen zustehende possessio oder detentio gerichtet ist [8]).

Wir würden demnach die angeführte Quellendefinition des Digestentitels 47,2 in entsprechender Umgestaltung für das furtum usus zu definieren haben:

Als „contrectatio usus rei fraudulosa lucri faciendi gratia".

In den Quellen suchen wir vergeblich, was man unter einer „contrectatio usus" zu verstehen hat, wir müssen vielmehr feststellen,

---

3) Vgl. Carl a.a.O. S. 9ff., Brinck a.a.O. S. 9 ff. u. Hückel a.a.O. S. 3 ff.

4) Wächter in Weiske's R. Lex. S. 358, Anm. 26, Köstlin, Abhandlg. S. 200 ff., Brinck a.a.O. S. 10, Carl a.a.O. S. 9.

5) Birnbaum, Neue Folge S. 18 u. N. Arch. d. Cr. R. S. 420 Anm. 101, Schirmer a.a.O. Bd. 18, S. 207 ff., Temme a.a.O. S. 8 u. Dollmann a.a.O. S. 8.

6) Vgl. vorhergehende Fußnote 4.

7) Vgl. Wächter R. Lex. III, S. 358, Dollmann a.a.O. S. 8.

8) So Mandowski a.a.O. S. 142. Vgl. auch Brinck a.a.O. S. 10, Köstlin a.a.O. S. 201, 202 u. Salkowski a.a.O. § 131.

daß das Wort „contrectare“ [9]) häufig durch synonime Zeitwörter ersetzt ist. So finden wir als technische Bezeichnung der diebischen Handlung bei Sabinus das Wort „attrectare“ (Gellius 11, 18, 20; Paulus 5, 27), in den Digesten 47, 2, 46, 7 das Wort „attingere“. Bei der Übersetzung dieser Zeitwörter sind die verschiedensten Meinungen aufgetaucht. Darüber herrscht jedoch kein Streit, daß der bloße Wille und die Äußerung dieses Willens allein keineswegs zum Vorhandensein der „contrectatio“ hinreichen, sondern die diebische Absicht muß in die Tat umgesetzt worden sein. Schirmer [10]) geht soweit, daß er „contrectare“ mit „loco movere„ (ein von der Stelle bringen) gleichsetzt, für ihn ist eine „contrectatio usus“ überhaupt nicht denkbar. Er gelangt daher nur zu einer Zweiteilung des Begriffes vom „furtum“.

Überzeugend weist Hückel [11]) anhand der Quellen nach, daß eine Gleichsetzung von „contrectare“ und „locum movere“ verfehlt ist. Die Erklärung durch „loco movere“ ist auch keine technische, wie Birnbaum [12]) glaubt, auch ist nicht ein „auffere“ nötig, (Gaius III, 195), immer aber ist erforderlich, daß die in der Handlung liegende physische Einwirkung auf die Sache sich als eine solche darstellt, die auf den mit dieser zu machenden Gebrauch gerichtet sein muß. „Es ist dies deshalb nicht nötig, weil jede andere physische Manipulation mit der Sache sich regelmäßig auch als anderes Delikt darstellt“ [13]).

Was die Bedeutung des Wortes „usus“ in der Legaldefinition betrifft, so ist, wie dieses allgemein geschieht, von der brauchbaren Definition von Windscheid [14]) auszugehen. Nach ihr heißt gebrauchen: „eine Sache zu den Zwecken verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne das Recht, sich die Früchte derselben anzueignen“. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß sich die „contrectatio“ auf das Gebrauchsrecht in seinem ganzen Umfange beziehen muß; es genügt vielmehr, die tatsächliche Anmaßung einer der Befugnisse, welche im ius utendi enthalten sind [15]).

Geschieht nun aber die „contrectatio“ in der Absicht, die Sache zu verbrauchen, so liegt ein furtum rei vor, weil im Verbrauchen eine Aneignung der Substanz der Sache liegt. Wo dabei im Einzelfalle zwischen Gebrauch und Verbrauch die Grenze liegt, das festzustellen wird Tatfrage bleiben müssen [16]). Besonders schwierig wird die

---

9) Das Wort „contrectare“ findet sich noch bei Gaius III, 195, 209; Paulus 2, 31, 1 u. Dig. 47, 2, 1, 3.

10) Schirmer a.a.O. S. 209, vgl. auch Birnbaum Neue Folge a.a.O. S. 20 ff., Dollmann a.a.O. S. 19 ff.

11) Hückel a.a.O. S 12—15 Vgl auch Buurmann a.a.O. S. 11 u. Wächter, R. Lex. III, S. 365, Anm. 66.

12) Birnbaum, Neue Folge S. 20 ff.

13) So Brinck a.a.O. S. 20.

14) Windscheid Pand. I. § 207, S. 1056.

15) So Hückel a.a.O. S. 25.

16) Köstlin a.a.O. S. 343 sieht den Verbrauch vertretbarer Sachen als bloßen Gebrauch an im Falle der Absicht, rechtzeitiger Wiedererstattung in gleicher Quantität und Qualität, auch wenn jene versiegelt und verschlossen

Frage bei den sogenannten res quae usu minuuntur[17]). Mit Recht vertritt Hückel die Ansicht, daß auch ein furtum usus an sogenannten res quae usu consumuntur, möglich sei. Den Beweis dafür hat Hückel[18]) in seiner Schrift durch Beispiele in überzeugender Weise gebracht. Er sagt: „Wenn der fur allerdings vom Gelde widerrechtlich seinen bestimmungsgemäßen Gebrauch machen sollte, so liegt ein furtum rei vor. Wenn aber Geld zu einem beliebigem anderen Gebrauch entwendet wird, z. B. um seinen Gehalt an Edelmetall oder sein Gewicht zu prüfen, so kann es sich doch um nichts anderes handeln, als um ein furtum usus". Ein furtum usus wäre auch bei Wegnahme von seltenen Münzen zur Dekoration von Schaufenstern gegeben. Fälle dieser Art sind allerdings, wie Hückel auch zugibt, recht selten. Meist wird das Gebrauchen solcher Sachen sich als ein Verbrauchen darstellen.

Hinsichtlich des Objektes, an dem der usus angemaßt wird, ist wie beim furtum rei erforderlich, daß das Objekt eine res (Sache) darstellt. Nach römischem Recht wurden Sklaven als Sachen behandelt, sie waren daher auch Objekt des furtum. Nach deutschem Recht sind dagegen Personen für das furtum, wie auch für das furtum usus ohne Bedeutung.

Nach der herrschenden Ansicht[19]) sollen aber nicht alle Sachen Gegenstand eines furtum usus sein können, sondern nur die beweglichen. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn es werden keine stichhaltigen Argumente dagegen angeführt, warum Immobilien nicht Gegenstand des Gebrauches sein können. Die Ursache der Beschränkung des furtum auf bewegliche Sachen ist, wie Mommsen[20]) richtig ausführt, zweifellos darin zu suchen, „daß diejenige Epoche, in welcher die römische Rechtsordnung sich feststellte, Privateigentum von Immobilien überhaupt noch nicht gekannt hat." Das obdachlose Schlafen in fremden Räumen, Gebäuden, die widerrechtliche Benutzung von Grundstücken oder von vermieteten Zimmern in Abwesenheit des Mieters ist doch auch ein Gebrauch! Auch hier liegen die Merkmale des furtum usus vor. Es kann somit ein furtum usus an Immobilien begangen werden, aber kein furtum rei.

Wie verhält es sich nun mit dem usus von Kraft, Wärme und Elektrizität. An diesen Energien kann kein furtum usus begangen werden, weil diese stets durch den Gebrauch verbraucht werden[21]).

übergeben sind; denn hier sei nicht die Sache als solche, sondern nur ihr Wert anvertraut. Mit Recht hiergegen die herrsch. M. vgl. Graf Gleispach a.a.O. S. 172, Merkel H. H. III, S. 704, Anm. 3 u. Olshausen a.a.O. § 246 Nr. 14.

17) Vgl. dazu Windscheid, Pand. I, § 140, Anm. 2.

18) Hückel a.a.O. S. 28.

19) Köstlin a.a.O. S. 196, Hückel a.a.O. S. 27, Windscheid II. S. 965, Carl a.a.O. S. 38, Wächter R. Lex. S. 357.

20) So Mommsen a.a.O. II, S. 740/741.

21) Vgl. ten Hompel, Z. Str. W. S. 810 u. Diss. S. 15.

Dagegen können Luft und Wasser, sobald sie aufgehört haben, „res communes" zu sein, sehr wohl Gegenstand des furtum usus darstellen, da sie ebenso wie alle festen Sachen aus Atomen bestehen und einen Raum füllen.

Die meisten Schriftsteller[22]) vertreten die Ansicht, daß beim furtum usus wie beim furtum rei die res eine „aliena" sein müsse. Dieser Ansicht ist beizutreten, denn wenn der Eigentümer seine Sache dem Gebrauchsberechtigten entzieht, um sie selbst zu gebrauchen, so wird kein furtum usus angenommen werden können. Denn durch die contrectatio wird dem Gebrauchsberechtigten der Besitz entzogen und in dieser Handlung liegt allein das strafwürdige Moment. Ein furtum usus ist in diesem Falle nicht vorhanden.

Es ist nicht jede Gebrauchsanmaßung[23]) hinreichend, um in ihr ein furtum usus zu erblicken. Sie muß getragen sein von dem „animus furandi". Darin liegt einmal die „fraudolose" Gesinnung des Täters, das Bewußtsein in der Widerrechtlichkeit der Handlung und der „animus lucri faciendi", worin im Wesentlichen nicht mehr liegt, als die Absicht, eben denjenigen Vermögensvorteil zu erhalten, der in der bezweckten Disposition (Gebrauch, Besitz, Zueignung) enthalten ist[24]).

Das furtum usus muß vollendet sein, es muß jedenfalls eine contrectatio stattgefunden haben und die betreffende beabsichtigte Disposition wirklich, wenn auch in beschränktem Umfange realisiert worden sein.

Auf Grund der bisherigen Ausführungen gelangen wir zu folgender Definition des furtum usus: Ein „furtum usus" begeht, wer im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit seiner Handlung sich den bloßen Gebrauch oder die Überschreitung des gestatteten Gebrauchs an Sachen anmaßt, um dadurch irgend einen Vermögensvorteil für sich zu erhalten.

§ 3. Die Abgrenzung des furtum usus.

1. Gegenüber dem Diebstahl.

Die Abgrenzung des furtum usus gegenüber den Zueignungsdelikten einerseits, und, wie wir später sehen werden, gegenüber der Sachbeschädigung andererseits, hat sich in der Praxis als ein schwieriges Problem herausgestellt. Es gibt auf diesem Gebiete zahlreiche Fälle, bei denen es auf den ersten Blick recht zweifelhaft erscheint,

22) Vgl. Klien a.a.O. S. 120, Wächter, R. Lex. S. 358 u. Birnbaum, Neue Folge, S. 165.

23) furtum usus ist im Deutschen Recht mit Gebrauchsanmaßung zu übersetzen. Vgl. Frank a.a.O. zu § 290 I. Im folgenden soll dieser Ausdruck der Arbeit zugrundegelegt werden.

24) Vgl. dazu Dollmann S. 13, 14, Wächter R. Lex. III, S. 367, 368, Windscheid II, S. 963, Brinck a.a.O. S. 37, der unter der „contrectatio fraudolosa" die im vollen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aber ohne Anwendung von Gewalt mit einer Sache vorgenommene Manipulation versteht.

ob durch den bloßen Gebrauch einer Sache ein furtum usus oder ein Zueignungsdelikt begangen wird. Um eine Abgrenzung dieser Fälle gegenüber dem Diebstahl (§ 242 StGB.) und der Unterschlagung (§ 246 StGB.) zu treffen, ist eine klare Feststellung des Begriffes „Zueignung" erforderlich.

Einer näheren Spezialisierung dieses Begriffes hat sich das geltende Recht enthalten, es ist daher nur allzu erklärlich, daß dieser Begriff hinsichtlich seiner Bedeutung und Tragweite Gegenstand lebhafter Streitfragen geworden ist[25]).

Um die logische Ausgestaltung des Zueignungsbegriffes hat sich Binding[26]) große Verdienste erworben, in dem er darauf hingewiesen hat, daß in dem Begriffe der Zueignung etwas Positives, die Aneignung (die Gewinnung für sich) und etwas Negatives (die Enteignung (die Ausschließung des Berechtigten) liegt. Die strafrechtliche Enteignung bezweckt an sich nichts anderes, als die Vereitelung „fremden" Eigentumsrechts ohne eine weitergehende persönliche Beziehung des Täters zur Sache selbst[27]). Bei der Zueignung ist der Wille des Täters auf die Dienstbarmachung der Sache gerichtet, es soll ein Herrschaftsverhältnis zum Zwecke einer der Eigentumsausübung analogen Behandlung der Sache hergestellt werden.

Diese auf rein formalistischer Grundlage beruhende Zueignungsdefinition Bindings kann de lege lata bei der Abgrenzung gegenüber dem furtum usus nicht gebilligt werden, da bei folgerichtiger Anwendung die Grenzen für die Zueignungsdelikte zu weit gezogen werden und sie daher zu unzutreffenden Ergebnissen führen muß. Nach Binding ist jeder Akt als Zueignungshandlung zu erklären, der sich als Herrschaftsbetätigung unter grundsätzlicher Verneinung des Eigentümerwillens" darstellt. Wer eine fremde Sache gegen den Willen des Eigentümers gebraucht und später wieder zurückgibt, hat während dieser Zeit die Sache auch ausschließlich beherrscht, aber trotzdem kein Zueignungsdelikt begangen, wie Binding bei konsequenter Auswertung der von ihm aufgestellten Sätze annehmen müßte. Die rein formalistische Auffassung ist eben ungenau, weil immer nur das Moment der Herrschaft betont wird.

Aus diesem Grunde ergab sich bei den Anhängern der Substanztheorie ein Bedürfnis der Beschränkung des Zueignungsbe-

---

25) Alle Schriftsteller können nicht berücksichtigt werden, die sich mit diesem Problem beschäftigt haben, da ihre Zahl zu groß ist. Im Wesentlichen lassen sich zwei Grundauffassungen unterscheiden. Die Vertreter der Substanztheorie suchen eine möglichst enge Anlehnung an den Eigentumsbegriff zu bewahren, während die Vertreter der Sachwerttheorie den Schwerpunkt auf wirtschaftliche Momente legen. Vgl. auch dazu Krebs a.a.O. Seite 11 ff.

26) Binding, Lb. I bes. Teil, S. 255 ff, bes. S. 267 ff.

27) Ein solcher Tatbestand liegt vor, wenn der Täter z. B. ein fremdes Pferd losbindet, aus einem fremden Weinfaß den Spunden losstößt, ein Loch in den Getreidesack schneidet u. s. w. Diese Beispiele sind dem Lb. von Bindung S. 267 zur näheren Erläuterung entnommen.

griffes[28]). Die Lösung fand man dadurch, daß man in den Zueignungsbegriff entweder auf der positiven Seite der Zueignung eine „Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters“[29]) verlangte oder, indem man die negative Seite als „dauernden Ausschluß des Berechtigten“[30]) darstellte.

Die erste Ansicht führt zwar zu einer Abgrenzung gegenüber dem furtum usus, aber andererseits wird die Zueignungsdefinition dadurch zu sehr eingeengt und infolgedessen gibt sie zu einer ganzen Reihe von Zweifelsfragen Anlaß. Eine Einverleibung der fremden Sache in das Vermögen des Täters ist daher abzulehnen. Durch die Einführung des Momentes „des Dauernden“ würde auch eine Möglichkeit der Abgrenzung gegenüber dem furtum usus geschaffen, es zeigten sich aber bald für die Anhänger der Substanztheorie neue Schwierigkeiten, nämlich dann, wenn der Täter die Sache in der Absicht entwendete, um ihren wirtschaftlichen Wert auszunutzen und die Sachsubstanz dem Eigentümer wieder zukommen zu lassen. In diesem Falle muß die Substanztheorie die Zueignungsabsicht verneinen, somit wird sie auch bei der Einführung des Momentes „des Dauernden“ in vielen Fällen[31]) ebenfalls der Wirklichkeit nicht gerecht.

Auch die eigenartige Auffassung von Graf Gleispach[32]) ist für die vorliegende Abgrenzung unbrauchbar. Nach Gleispach ist Aneignung „jede Handlung, durch welche die Sache zu ausschließendem Genuß gewonnen wird.“ Ein zeitweiliger Gebrauch einer Sache kann aber auf die Dauer seines Bestehens wohl einen den Berechtigten ausschließenden Genuß mit sich bringen. In diesem Falle würde im Sinne der Gleispach'schen Definition Zueignung anzunehmen sein.

Allfeld[33]) hat durch Einführung wirtschaftlicher Momente eine Definition geschaffen, durch die die vielfach unbilligen Ergebnisse der rein formellen Auffassung vermieden werden. Die Abgrenzung von Gebrauch und Zueignung ist dadurch gelöst worden, daß das bloße Gebrauchen deshalb als Zueignung nicht angesehen werden kann, weil bei dem Gebrauchen nicht in allen Beziehungen über die Sache verfügt und diese im übrigen dem Eigentümer belassen wird. Doch auch diese Definition wird in manchen strafwürdigen Fällen der Wirklichkeit nicht gerecht[34]).

---

28) Vgl. Sauer a.a.O. S. 81 ff.

29) Vgl. R. G. St. Bd. 64, 415. Bd. 61, 228, 234.

30) So u. a. Liszt-Schmidt a.a.O. S. 417.

31) Z. B. bei der Entwendung von Sparkassenbüchern. Speise- und Getränkemarken u. s. w.

32) Graf Gleispach a.a.O. S. 17.

33) Nach Allfeld a.a.O. § 96 V besteht die Zueignung in einem Verhalten, durch das der Wille die Sache zu eigenen wirtschaftlichen (gleichviel welchen) Zwecken ausschließlich und in allen Beziehungen, ebenso wie der Eigentümer zu beherrschen, zum Ausdruck gebracht wird. Vg. auch Olshausen a.a.O. 11. Aufl., zu 242, n. 29 im Gegensatz zur 10. Aufl. S. 947 f..

34) Z. B. bei der Entwendung von Sparkassenbüchern usw. Schwierigkeiten ergeben sich auch auf dem Gebiete des Zurückverkaufs der Sache an den Eigentümer.

Gerade die praktischen Mängel der formellen Auffassung haben zur Aufstellung der Sachwerttheorie geführt, die wohl heute vom größten Teil der Literatur [35]), sowie nach anfänglich a. A.[36]), nun auch vom Reichsgericht [37]) vertreten wird. Jene Schwierigkeiten, vor die sich die Vertreter der Substanztheorie bei der Abgrenzung von Zueignung und Gebrauch gestellt sehen, fallen durch die Einfügung des Wertmomentes im wesentlichen fort. Große Hindernisse liegen allerdings bei konsequenter Anwendung der Sachwerttheorie darin, daß eine Sache ohne Wert nicht Gegenstand der Zueignungsdelikte sein kann [38]).

Gegen die Sachwerttheorie lassen sich noch weitere Einwendungen erheben [39]), man wird sogar sagen können, daß bei konsequenter Durchführung die praktischen Mängel der Sachwerttheorie diejenigen der Substanztheorie noch übersteigen [40]).

Schaffstein hat im Anschluß an die neuere Reichsgerichtsjudikatur [41]) versucht, die Lösung des Problems durch eine Vereinigung beider Theorien zu finden. Danach erfüllt sowohl die Zueignung der Sachsubstanz, wie die Zueignung des Sachwertes den Tatbestand der Zueignungsdelikte. Dabei ist das Moment des Dauernden, daß die Zueignungsdelikte vom furtum usus unterscheidet, auf die Enteignung (die Ausschließung des Berechtigten) zu beschränken, während bei der Aneignung (der Gewinnung für sich) jede Verwertung ohne Rücksicht auf deren vorübergehende oder dauernde Natur genügt.

Zueignung ist demnach mit Schaffstein [42]) „die Ausübung der Eigentümerbefugnisse über eine Sache oder die Ausnutzung ihres Wertes, wenn sie erfolgen unter gleichzeitigem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz oder dem Sachwert."

Die Brauchbarkeit dieser Definition wird später anhand der Grenzfälle von Diebstahl und furtum usus zu prüfen sein.

2. Gegenüber der Sachbeschädigung.

Es sind nunmehr die Grenzfälle zur Sachbeschädigung, also die Fälle. wo die Wegnahme zum Zwecke einer Gebrauchshandlung er-

---

35) Vgl. Frank zu § 242 VII, 2a, § 246, III, 1; Harburger a.a.O. S. 212, 190, Note 6; Olshausen, 11. Aufl. zu § 242, Note 29 u. R. M. G. E. Bd. 15, 245 ff.

36) R. G. St. Bd. 24, 23.

37) R. G. St. Bd. 43, 20, Bd. 55, 59 u. Bd. 51, 97.

38) Vgl. Sauer a.a.O. S. 62 ff. u. Sauer, Goltd. Arch. Bd. 63, 286 u. v. Pradzynski a.a.O. S. 29/30 u. S. 52.

39) Vgl. Schaffstein S. 302. Vgl. auch Binding, Lehrb. 1, bes. Teil S. 265; Gerland a.a.O. § 155, III u. Leipz. Komm. zu §§ 242, II, B, 1, c.

40) So Schaffstein a.a.O. S. 302.

41) Vgl. R. G. St. Bd. 51, 97; Bd. 55, 60; Bd. 61, 233. Hier heißt es, „daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt werden muß". Ferner Bay. Ob. L. G. Entsch. v. 13. Jan. 1928 in D. J. Z. 33. Jhrg. 1928, S. 742.

42) S. Schaffstein a.a.O. S. 310.

folgt, durch die die Sache aber zugleich beschädigt oder zerstört wird, zu untersuchen. Durch den gewöhnlichen Gebrauch einer Sache tritt ohne weiteres eine, wenn auch noch so unbedeutende und vorübergehende Minderung der Gebrauchsfähigkeit ein[43]).

Irrig ist aber die Ansicht, daß jede derartige Einwirkung sich schon als Beschädigung darstelle[44]). Vielmehr bedarf es einer „Einwirkung auf die Substanz, die deren Unversehrtheit in einer Weise beeinträchtigt, daß die Brauchbarkeit der Sache mindestens herabgemindert wird, wenn auch nur in Ansehung der Zweckbestimmung, die sie nach dem Willen des Eigentümers hat“[45]). Ob nun der Gebrauch zur Minderung des Substanzwertes führt, muß als quaestio facti betrachtet werden. Bei Bejahung des vorliegenden Falles ist dann festzustellen, ob der erforderliche subjektive Tatbestand der Sachbeschädigung gegeben ist.

Die Wertminderung ohne Sachbeschädigung ist dagegen straffrei[46]).

Der Gebrauch der verbrauchlichen Sachen erscheint von unserem Standpunkt aus niemals als eine Sachbeschädigung, sondern als ein Akt der Zueignung. Denn der Verbrauch, die Beschädigung und die Zerstörung stellen sich als Befugnisse dar, die dem Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts zustehen und durch die ein dauernder Ausschluß des Eigentümers von der Sache oder ihrem Wert erfolgt. So ist durch das Austrinken von Wein, durch das Verzehren von Eßwaren, in dem Abbrennen eines Feuerwerks stets der Zueignungsbegriff im obigen Sinne gegeben.

Unter den gleichen Voraussetzungen ist der Fall zu beurteilen, wenn der Täter sich bei der Wegnahme der Sache mit dem Plane trägt, sie nach erfolgtem Gebrauche zu zerstören oder danach fortzuwerfen[47]). In dieser Handlung liegt ebenfalls keine Sachbeschädigung, sondern Zueignung, weil ebenso wie der Verbrauch und die

---

43) Man denke an die Beschmutzung eines Gegenstandes, die sein regelmäßiger Gebrauch mit sich bringt, die Verunreinigung eines Autos durch den Staub der Landstraße.

44) Vgl. die Ausführungen bei Rotering Goltd. Arch. Bd. 47, S. 412 u. G. S. Bd. 47, S. 218.

45) So Allfeld a.a.O. § 95, III; Olshausen zu § 303 N. 4; vgl. auch R. G. St. Bd. 13, 27; Bd. 39, 223; dagegen Bd. 43, 205; ferner Goltd. Arch. 47, 411; Finger G. S. Bd. 78, 411.

A. A. Leipz. Komm., der das entscheidende Gewicht auf die Verminderung der Brauchbarkeit legt. a.a.O. zu § 303, Anm. 4 Abs. 4; Berner a.a.O. S. 631; Frank a.a.O. zu § 303 Anm. II, 1. Frank verlangt Substanzverletzung und Verminderung der Brauchbarkeit.

46) Binding Lb. S. 248, I, A, 2. A. A. Leipz. Komm. § 303 Anm. 4 Abs. 4.

47) Man denke z. B. an den von Rotering G. S. Bd. 36, S. 534 angeführten Fall, wo ein Sträfling sich von einem auf dem Felde liegenden Pflug ein Sech abreißt, um sich mit ihm die Beineisen loszuschlagen, um dann das Sech später im Walde fortzuwerfen. Vgl. auch Merkel in H. H. III Seite 649.

Veräußerung gerade auch die Dereliktion eine dem Eigentümer vorbehaltene und für ihn typische Verfügung über die Sache darstellt[48]).

§ 4. Historische Betrachtung des furtum usus.

1. Im römischen Recht.

Bevor wir zur eigentlichen Behandlung des Themas schreiten, ist es angebracht, einen kurzen Blick auf die historische Entwicklung des furtum usus zu werfen.

Im alten römischen Recht begegnen wir dem einheitlichen Begriff des furtum zunächst in den zwölf Tafeln. Eine Begriffsbestimmung geben die zwölf Tafeln jedoch nicht, sondern sie beschränken sich lediglich auf die Festsetzung der Strafe[49]). Der römische Begriff des furtum ist allmählich in Theorie und Praxis von der römischen Jurisprudenz, insbesondere gegen Ende der Republik gründlicher erfaßt worden[50]). Der Begriff des furtum fand dann schließlich seinen klassischen Niederschlag in der bei der Begriffsbestimmung zitierten Legaldefinition des Paulus[51]), eine Definition, die in der weiteren Entwicklung des römischen Rechts grundlegend geworden und in ihrer ursprünglichen Fassung auch grundlegend geblieben ist, solange das römische Recht in Geltung war.

Die römischen Juristen haben das furtum, wie fast alle Zuwiderhandlungen gegen die Rechtsordnung regelmäßig auf zivilrechtlichem Wege gesühnt. Man sah in Rom in dem an sich kriminellen Unrecht noch keine Verletzung der öffentlichen Sicherheit. Der Täter des furtum usus wurde dem Täter des furtum gleichbehandelt und somit wurde in Rom das furtum usus generell bestraft.

Diese römische Legaldefinition ist für das französische Recht von ausschlaggebender Bedeutung geworden. Hier war es der französische Kriminalist Jousse, der die römische Definition seinem Begriff von „vol" unter nur geringen Modifikationen zugrunde legte.

In Anlehnung an das furtum heißt es:

„On entend par vol, toute soustraction et enlèvement frauduleux du bien d'autrui, dans le dessein de se l'approprier ou des s' en servir, sans le consentement de celui à qui'l appartient"[52]).

Eine Definition, die das furtum rei ipsius und das furtum usus umfaßt, aber das furtum possessionis ausschließt und die bis zur

48) So Schaffstein a.a.O. S. 312.

49) Es findet sich nur eine rein äußerliche Unterscheidung in „furtum manifestum und furtum nec manifestum", je nachdem der Dieb bei der Tat selbst ertappt wird oder erst später.

50) Es fehlen zum Teil die Quellen, sodaß eine genaue Entwicklung sich nicht verfolgen läßt.

51) Digesten 47, 2, 1, § 3.

52) Jousse, traité de la justice criminelle de France, Paris 1771 Tome IV pag. 166. s. Birnbaum, Neue Folge S. 5.

Einführung des neuen Gesetzbuches im Jahre 1810 in Frankreich in Ansehen geblieben ist.

2. Im deutschen Recht.

Einen ganz anderen Charakter trägt der deutsche Begriff des Diebstahls. Er entwickelte sich, wie alles deutsche Recht aus dem Volksbewußtsein heraus, ohne besonderen Einfluß von Wissenschaft und Gesetzgebung. Die kriminelle und privatrechtliche Seite sind von Anfang an geschieden gewesen. Zur Zeit der Volksrechte und der daran anschließenden Zeit der Rechtsbücher findet man die allgemeine Bezeichnung „duverei", ohne daß die Quellen diesen Begriff näher umschreiben. Der Tatbestand wird, als dem Volke bekannt, vorausgesetzt und hat daher keine gesetzliche Regelung gefunden.

Aber man unterscheidet schon nach altdeutschem Recht zwischen Entwendung und Gebrauchsanmaßung und erkennt die Notwendigkeit einer prinzipiell verschiedenen Behandlung beider Delikte[53]). So wird das furtum usus schon in den Volksrechten hervorgehoben und in genauer Beziehung zum furtum gebracht, und zwar sowohl die Anmaßung des Gebrauchs, als die Überschreitung des gestatteten Gebrauchs[54]).

Auch die Rechtsspiegel[55]) machen einen klaren Unterschied zwischen Diebstahl und furtum usus, dies geht insbesondere aus dem Sachsenspiegel hervor. Im II. Buch, Art. 13 heißt es: „Den dieb sal man hengen". Dagegen heißt es in Art 22 des III. Buches: „Swer dem andern lîhet phert oder kleidere zû bescheidenen tagen, heldet erz uber den tac und wirt her dar umbe beclaget, her sal ez alzuhant wider gebn, und bezzern ab erz geergert hât. § 2. Dûbe noch roubes en mac man in dar an nicht zîhen, wenne erz ime lêh."

Das deutsche Mittelalter kennt keine allgemeine Bestrafung des furtum usus, wohl aber werden hier einzelne Fälle geahndet. So ist z. B. kein Dieb, wer auf fremden Pferde im Wohnorte des Eigentümers oder in der Nähe davon herumreitet, wogegen er die Diebstahlsbuße verwirkt, sobald der Ritt in die Ferne geht[56]). Als weitere Fälle gehören die Benutzung eines fremden Kahns, das Bebauen eines fremden Grundstückes hierher, zu beachten ist dabei, daß diese Bestimmungen nicht auf bewegliche Sachen beschränkt sind.

Auf dem Boden der deutsch-rechtlichen Auffassung steht auch die Constitutio Criminalis Carolina von 1532. Eine Definition des Dieb-

---

53) So ten Hompel Z. Str. W. Bd. 19 S. 795.

54) Vgl. Köstlin a.a.O. S. 217, § 17 Anm. 1 u. S. 218; Wächter Vorlesungen 1881, § 133, S. 410; Wilda a.a.O. S. 920—923, vgl. auch die dort angeführten Quellen. A. A. Dollmann a.a.O. S. 74, 75; Roßhirt a.a.O. III, 84 n. 26.

55) S. Sp. II 13, 28, § 3; II 39, § 1. Schw. Sp. 174a, 197a, 202.

56) Dieses Beispiel stammt von Brunner a.a.O. Bd. 2, S. 827.

stahlsbegriffes suchen wir auch hier vergebens, die Carolina beschränkt sich auf die Androhung der Strafe.

Die Ansicht ten Hompels[57]), die CCC bringe in Art. 170[58]) den römisch-rechtlichen Einfluß deutlich zum Ausdruck, geht fehl. Art. 170 enthält einen besonderen Tatbestand der Veruntreuung, während doch das römische Recht den Begriff des furtum usus dem furtum unterordnete. Es wird sich hier um eine deutsch-rechtliche Weiterentwicklung gehandelt haben.

Richtig ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß diese Begriffsbestimmung auf alle Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, durch welche die Pflicht zurückzugeben oder auszuliefern begründet wird[59]).

Es ist die Gebrauchsanmaßung nach der CCC gleich einem Diebstahl, nicht aber als Diebstahl zu bestrafen.

Dagegen stehen die im Anschluß an die Carolina entstandenen gemein-rechtlichen Gesetzbücher stark unter dem Einfluß der Rezeption des römischen Rechts, sie legen deshalb im Wesentlichen die römisch-rechtliche Definition zugrunde.

Seit Carpzow[60]) entwickelte sich die Wissenschaft in der Lehre vom Diebstahl auf der Grundlage des deutschen Rechts weiter. Es ist Carpzow auf diesem Gebiete allerdings nicht gelungen, die nun mehr und mehr unter dem Einfluß des rezipierten römischen Rechts stehende Wissenschaft stark zu beeinflussen.

Als nun im 18. Jahrhundert die Partikulargesetzgebung einsetzte, finden wir im Codex iuris Bavarici von 1751, Teil I, Kap. II § 1 eine Definition des Diebstahlbegriffes, unter dessen Tatbestand sowohl das furtum usus, als auch die Unterschlagung fällt.

Ein Diebstahl gilt danach begangen, „da man aus betrüglich und gewinnsüchtigen Gemüth, fremd-bewegliches Gut, was es immer sejn mag, wider Willen des Eigentümers nimmt, vorenthaltet, oder abnutzet..."

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 kennt bestimmte Tatbestände, die die Verletzung eines Vertrauensverhältnisses darstellen[61]). Es kennt dagegen keine Strafbestimmungen gegen das furtum usus.

Je mehr sich nun der heutige Diebstahlsbegriff entwickelte, desto weniger wollte die Gebrauchsanmaßung unter ihn passen, da es ja an der Aneignungsabsicht bei ihr gänzlich mangelt[62]).

57) ten Hompel, Z. Str. W. Bd. 19, S. 797 u. Walther a.a.O. S. 10 u. 11. Vgl. dagegen Hälschner, System S. 415.

58) „Item wellicher mit eins anndern güttern, die jme inn gutenn glaubenn zu behallten und verwaren gegebenn sein, williger und geferrlicher weise dem gläubiger zu schadenn handelt, solliche missethath jst eynem diepstall gleich zu straffenn".

59) So Hälschner, System. S. 496; vgl. auch S. 494—497 daselbst; Feuerbach a.a.O. S. 513 u. die dort angeführte Literatur.

60) Carpzow, Practica Nova, Pars II Quaestio LXXXV, LXXXVI und LXXXIIX.

61) II, 20, §§ 1347, 1350, 1353, 1366, 1367.

62) Vgl. v. Liszt a.a.O. § 129, I.

Trotzdem ist eine einheitliche Behandlung des furtum usus nicht erfolgt, das furtum usus ist teils generell, teils nur in einzelnen besonders strafwürdig erscheinenden Fällen für strafbar erklärt worden.

So haben generell eine ganze Reihe von Landesgesetzen[63]) die widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache wider den Willen des Eigentümers oder Besitzers unter Strafe gestellt; andere, wie das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 Art. 330 haben von Strafe abgesehen, wenn mit dem rechtswidrigen Gebrauchen der fremden Sache nicht Gefahr oder Nachteil für den Eigentümer verbunden war. Zum Schluß sei noch kurz auf die Regelung im bayerischen Strafgesetzbuch eingegangen, das die widerrechtliche Gebrauchsanmaßung nicht straflos läßt, wie sich aus dem Art. 21 ergibt, wo „die Wegnahme der eigenen Sache und dergl." unter Strafe gestellt ist.

Eine besondere Berücksichtigung verdient noch das preußische Strafgesetzbuch von 1851, weil es den Verfassern des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, des späteren deutschen Reichsstrafgesetzbuches, zum Vorbild gedient hat und ein wichtiges Bindeglied der Entwicklung geworden ist.

Der § 265 Pr. StGB. lautet:

„Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängnis von einem Monate bis zu einem Jahr und zugleich mit Geldbuße von zwanzig bis zu fünfhundert Talern bestraft."

§ 5. Das furtum usus im geltenden Recht.

1. § 290 StGB.

Auch das geltende Recht enthält das Delikt des furtum usus. So findet sich ein besonderer Fall des furtum usus[64]) unter dem § 290 StGB. im 25. Abschnitt unter dem Titel: „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" eingereiht. Die Einverleibung unter die Deliktstatbestände des 25. Abschnitts ist für die Auslegung und Abgrenzung des § 290 StGB. bedeutungslos. Merkel äußert sich hierzu, indem er sagt: „Es sind dies eine Anzahl von Delikten, welche keinen einheitlichen Charakter zeigen und durch kein wesentliches gemeinsames Merkmal verbunden sind. Ihre Zusammengehörigkeit wäre nur etwa damit zu begründen, daß sie sich in den anderen Titeln des StGB. nicht systematisch einfügen ließen"[65]). Eine Folgerung kann somit aus der systematischen Stellung des Zusammenhangs mit anderen Delikten nicht gezogen werden, insbesondere kann die Überschrift des Titels zur Erläuterung des Tatbestandes der Gebrauchsan-

63) Aufgezählt bei ten Hompel Z. Str. W. S. 799 u. Diss. S. 6 u. 7; vgl. auch Walther S. 11.

64) So Frank a.a.O. zu § 290; Schwartz a.a.O. zu § 290; a. A. Hegler a.a.O. S. 369, der in § 290 St. G. B. ein Polizeidelikt erblickt.

65) So Merkel H. H. Bd. 3, S. 826.

maßung nicht verwendet werden, da der Eigennutz zwar den gewöhnlichen, keineswegs aber den begrifflich vorausgesetzten Grund der Handlung bildet.

Damit ist der Weg für die Auslegung gewiesen, das Wesen und die Bedeutung läßt sich nur aus der Strafbestimmung selbst herleiten.

Der hier in Frage kommende § 290 StGB. lautet:

„Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängnis bis zu einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe erkannt werden kann, bestraft."

Während der vertragswidrige Gebrauch in der Regel nur privatrechtliche Wirkungen hat, ist er hier unter Strafe gestellt. Als Grund für diese Ausnahmevorschrift wird in den Motiven[66]) der „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" angegeben. Inwieweit dies seine Berechtigung hat, soll später erörtert werden. In dem Vorentwurf eines neuen StGB. ist § 290 StGB. mit der Begründung gestrichen, daß, soweit eine Strafvorschrift überhaupt noch erforderlich sei, diese in die Gewerbeordnung aufgenommen werden solle[67]).

Obwohl § 290 StGB. zum „absterbenden Recht" gehört, so stellt er doch de lege lata einen Hauptfall des furtum usus dar, es ist somit noch eine Betrachtung und Erörterung der Hauptstreitfragen am Platze. Nur aus der genauen Kenntnis des Delikts lassen sich seine Entbehrlichkeit und die mit dem Delikt zusammenhängenden Probleme erkennen.

Aus diesem Grunde wenden wir uns nun der Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Gebrauchsanmaßung zu. Die Rechtsverletzung des § 290 StGB. geschieht durch Ingebrauchnahme der „in Pfand genommenen Gegenstände". Schon aus dieser Redewendung und aus der Verpflichtung, über die Aufbewahrung des Pfandes ergibt sich, daß nur Faustpfänder in Frage kommen können. Nach Olshausen[68]) sind unter Gegenstände die zum Faustpfand bestellten beweglichen Sachen zu verstehen. Schließen wir uns der Ansicht an, nach der das Wort „Sache" gleichbedeutend mit dem Wort „Gegenstand" geworden ist, so fragt sich, was man unter einer „Sache" zu verstehen hat. Das Strafrecht hat im Gegensatz zum bürgerlichen Recht keine gesetzliche Definition der Sache gegeben. Wenn nun die Rechtsbegriffe, die das Strafrecht aus dem Zivilrecht entlehnt, im allgemeinen ebenso abzugrenzen sind, wie sie durch das Zivilrecht ihre Begrenzung finden, so trifft dies für den Sachbegriff nicht zu. Gerade der Sachbegriff hat im Strafrecht eine selbständige Behandlung erfahren, der besondere Zweck des Strafrechts gebietet eine andere Auslegung, seine besonderen Rechtsfolgen zwingen zu anderer Abgrenzung[69]). So versteht z. B. die herrschende Lehre[70]) in

66) Mot. zu § 286 Ent. eines Nordd. St. G. B.
67) Ent. 19 Begr. S. 335 Ent. 25 Begr. S. 169, 183.
68) So Olshausen a.a.O. zu § 290 n. 3.
69) Hierzu Erik Wolf, a.a.O. S. 48 ff.
70) Olshausen zu § 266 Nr. 3, S. 1440 u. die dort angeführte Literatur.

§ 266 StGB. (alte Fassung) unter Sache nicht bloß körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.), sondern auch abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauch des StGB. Vermögensgegenstände jeglicher Art, auch selbst Forderungen. Nach Wissenschaft und Rechtsprechung stellen die beweglichen Sachen, welche den Gegenstand des Pfandleihgewerbes bilden, in der Regel Gebrauchsgegenstände dar; sie können aber auch Wertpapiere und andere Gegenstände, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, sein [71]). Die Sache selbst muß, wie oben schon erwähnt, eine bewegliche sein, die Tragweite dieses Begriffmerkmales ist wiederum nicht nach zivilrechtlichen Normen und Anschauungen, sondern ausschließlich von strafrechtlichen Gesichtspunkten aus zu bestimmen. Für den Begriff der beweglichen Sache ist im Strafrecht der natürliche Sprachgebrauch maßgebend. Beweglich ist eine Sache, die von einem Ort an den anderen fortbewegt werden kann [72]).

Bei der Inpfandnahme dieser Sachen genügt, daß sie zum Zwecke der Verpfändung übergeben werden. Dagegen ist nicht erforderlich, daß ein rechtswirksames Pfandrecht entstanden ist, so ist z. B. nicht erforderlich, daß eine Eintragung in das landesgesetzlich vorgeschriebene Pfandbuch vorgenommen ist [73]).

Als Angriffshandlung ist im § 290 StGB. jede unbefugte Ingebrauchnahme genannt. Unter Ingebrauchnahme ist „jede nutzbare Verwendung der Sache zu verstehen, welche mit der Beschaffenheit der Sache verträglich ist“ [74]). Zur Strafbarkeit ist die unbefugte „Ingebrauchnahme“ erforderlich, d. h. sie muß ohne Einwilligung des Verpfänders erfolgen. „Si pignore creditor utatur, furti tenetur“ [75]) war schon der Satz des römischen Rechts für unbefugte Nutzung. Unter unbefugter Ingebrauchnahme fällt auch die Weiterverpfändung, denn es ist davon auszugehen, daß durch § 290 StGB. jede unbefugte nutzbare Verwendung in Pfand genommener Gegenstände, welche mit der Beschaffenheit der Sache verträglich ist, namentlich also auch die in den Grenzen der Benutzung bleibende, nicht als Disposition über die Sache sich darstellende Weiterverpfändung von dem Gesetze hat unter Strafe gestellt werden sollen. Einige Landesgesetze sprechen das Verbot der Weiterverpfändung ohne Erlaubnis ausdrücklich aus [76]).

---

71) Loeffler a.a.O. S. 24—25; Olshausen zu § 242 n. 3 u. R. G. St. Bd. 15, 147.

72) R. G. St. Bd. 29, 113 u. Olshausen zu § 242 n. 4.

73) Vgl. dazu §§ 5 Ges. betr. das Pfandleihgewerbe für Preußen v. 17. III. 1881 u. Bremen v. 16. X. 1881.

74) So R. G. St. Bd. 8, 271; Leipz. Komm. zu § 290 n. 5; Olshausen zu § 290 n. 4; Schwartz zu § 290 n. 3; Binding Lb. I, bes. Teil. S. 322.

75) I. 55. pr. Dig. 47, 2.

76) Vgl. Bayern Bekanntnachg. v. 5. Nov. 1906 § 3, 3; Baden V. O. v. 20. März 1900, § 8; Lübeck Gesetz v. 30. Okt. 1899 § 10; § 3, 3 der bayer. Bekanntmachg. lautet: „Dem Pfandleiher ist verboten, das Pfand ohne Zustimmung des Verpfänders zu benutzen, an Dritte zu überlassen oder weiter zu verpfänden.“

Erfolgt nun die Verpfändung ohne die Absicht der Wiedereinlösung, so kann in dieser Handlung nicht mehr ein bloßer Gebrauch gesehen werden. Diese Handlung stellt vielmehr, ebenso wie bei dem Verbrauch oder dem Verkauf, eine Verfügung über die Substanz der Sache selbst dar. In einem solchen Falle liegt keine Gebrauchsanmaßung, sondern vielmehr Unterschlagung vor. Eine Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.) zwischen der Unterschlagung (§ 246 StGB.) und der Gebrauchsanmaßung (§ 290 StGB.) ist mit der herrschenden Lehre[77]) abzulehnen. Mit Recht verneint Köhler[78]) entgegen der herrschenden Lehre auch das Vorliegen von Gesetzeskonkurrenz. Treffend führt Köhler aus, daß § 290 StGB. „nur ein Ingebrauchnehmen treffen will, während das weitergehende rechtswidrige Verbrauchen einer Sache nicht durch § 290 getroffen wird, sondern unter § 246 StGB. fällt. Der Begriff des Gebrauches erstreckt sich nicht auch auf das Verbrauchen." Die beiden Tatbestände schließen somit einander aus.

Während nach römischem und gemeinen Rechte[79]), sowie nach einzelnen früheren deutschen Strafgesetzbüchern[80]) allgemein jeder dem Strafgesetze verfiel, der widerrechtlich fremde, in fremden oder eigenen Gewahrsam des Täters befindliche Sachen benutzte, werden im § 290 StGB. nur gewisse Personen aus einem nach den Motiven[81]) nur bei ihnen zutreffenden Grunde mit Strafe bedroht.

Täter des Delikts kann danach nur ein öffentlicher Pfandleiher sein. Pfandleiher sind Personen, die Darlehen in mäßigen Grenzen gegen Verpfändung von beweglichen Sachen jeglicher Art gewähren. Zu den Pfandleihern gehören nicht die Bankiers, deren kaufmännischer Betrieb sich auf Lombardgeschäfte erstreckt. Das Pfandleihgeschäft unterscheidet sich von dem Lombardgeschäft durch die Natur der Pfandobjekte. Das Bankiergewerbe kennt ein Leihen auf Gebrauchsgegenstände, die nicht Handelswaren sind, wie Kleider-, Bücher-, Schmucksachen nicht. Ein solches liegt im technischen Sinne des Bankiergewerbes nur vor, wenn das Leihen auf Handelswaren, Edelmetallen oder Wertpapiere erfolgt[82]). Weiter unterscheidet sich das Pfandleihgewerbe von dem Bankiergewerbe auch durch die Höhe der gegebenen Darlehen, ferner dadurch, daß der Pfandleiher Konsumtionskredit zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des

---

77) Leipz. Komm. zu § 290 n. 8a; Frank zu § 290 n. III; Gerland a.a.O. S. 600; Schwartz a.a.O. n. 3 u. R. G. St. Bd. 15, 147. Nach Ansicht v. Olshausen § 290 n. 6 soll § 290 nur subsidiäre Bedeutung haben. A. A. Harburger a.a.O. S. 320, der Idealkonkurrenz für möglich erklärt.

78) So Köhler, Grenzlinien zw. Ideal- u. Gesetzeskonkurrenz S. 41.

79) §§ 6, 7 Inst. 4, 1; fr. 83, fr. 40, 48 § 4, fr. 77. Dig. de furtis 47, 2; CCC. Art. 170.

80) Sachsen 1838 Art. 27, Braunschweig 1840, § 239, Thüringen 1850, § 280, u. s. w.

81) Mot. zu § 286 d. Entsch. eines Nordd. St. G. B.

82) Vgl. zu diesen Ausführungen Olshausen zu § 290 n. 2; Leipz. Komm. zu § 290 n. 2 u. Loeffler a.a.O. S. 32 ff.

Geldsuchenden, während der Bankier Produktionskredit in der Regel zu geschäftlichen Zwecken gewährt[83]). Niemals fällt demnach der Bankier unter den Begriff des Pfandleihers.

Kauft jemand gewerbsmäßig bewegliche Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts an, so fällt dieses Geschäft gemäß § 34, 2 Gew.O. unter das „Pfandleihgewerbe"; diese Bestimmung ist jedoch für § 290 StGB. nicht bindend. Dennoch wird derjenige, der gewerbsmäßig solche Geschäfte treibt, die ihrem Wesen nach nur Pfandleihgeschäfte sind, als Pfandleiher im Sinne des § 290 StGB. anzusehen sein, weil der materielle Gesichtspunkt den formalen überwiegt[84]).

Unter öffentlichen Pfandleiher sind daher Personen zu verstehen, die das Geschäft eines Pfandleihers derart betreiben, daß dasselbe individuell unbestimmten Personen zugänglich ist[85]). Ist das der Fall, so kommt es darauf nicht an, ob der Pfandleiher zur Betreibung seines Geschäfts die gemäß § 34, 1 vorgeschriebene Konzession erhalten hat. Deshalb kann auch der Gehilfe in einem Pfandleihgeschäft als Mittäter aus § 290 StGB. bestraft werden[86]).

Die Gebrauchsanmaßung ist nur strafbar, wenn dem Täter Vorsatz nachgewiesen wird. Nach Binding ist ein Doppelvorsatz erforderlich, der die bewußte unbefugte Anmaßung des Gebrauchs der Pfandgegenstände und die vorsätzliche Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten umfaßt[87]). Nicht dagegen braucht der Pfandleiher sich auch der Tatsachen bewußt zu sein, die seine Eigenschaft als „öffentlicher" Pfandleiher begründen[88]). Der Ansicht Bindings ist zuzustimmen, denn der Begriff „öffentlich" ist ein besonderes Strafbarkeitsmerkmal, auf das sich der Vorsatz nicht bezieht, also vom Täter überhaupt nicht gewußt zu sein braucht. Ein Irrtum über die den Begriff „öffentlicher" Pfandleiher zugrunde liegenden Tatsachen, wie auch ein Irrtum über ihre Zusammenfassung zu dem Komplexbegriff kommt dem Täter daher nicht zustatten.

2. § 370 Ziff. 6 StGB.

Sehr fraglich ist, ob § 370 Ziff. 6 StGB. als ein Fall des furtum usus angesehen werden kann. Die rechtliche Natur des in den §§ 370 Ziff. 6 StGB. geregelten Futterdiebstahls ist äußerst umstritten. Birkmeyer[89]) sieht in diesem Delikt einen privilegierten Diebstahl. Mit Recht wendet sich gegen diese Auffassung die herrschende Mei-

---

83) Vgl. Loeffler a.a.O. S. 32.
84) So Schwartz a.a.O. zu § 290 n. 1; Olshausen zu § 290 n. 2.
85) Ähnlich Frank a.a.O. § 290, II.
86) Vgl. Leipz. Komm. zu § 290 n. 3; v. Liszt a.a.O. S. 456; Gerland a.a.O. S. 599; Merkel in H. H. Bd. 3, S. 838 u. R. G. St. Bd. 8, 253, 270.
87) Vgl. Binding Lehrbuch 1, bes. Teil S. 322 u. Normen 2, 1054 Anm. 47.
88) A. A. Olshausen zu § 290 n. 5; Schwartz zu § 290 n. 5.
89) Birkmeyer a.a.O. S. 1175, a. G.

nung[90]), denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Entwendung von Futter zum Zwecke der Verfütterung an das Vieh des Eigentümers in keinem Fall bei einer einigermaßen brauchbaren Definition der Zueignung unter diesen Begriff fällt.

Innerhalb der herrschenden Meinung streitet man darüber, ob der Futterdiebstahl als ein völlig eigenartiges Delikt, als privilegierte Sachbeschädigung oder als ein gegen den Willen des Eigentümers gerichtetes Delikt anzusehen sei.

Als delictum sui generis fassen Ebermayer-Lobe[91]) und Schwarze[92]) die Vorschrift der Nr. 6 auf. Dagegen erblickt Rotering[93]) in der erwähnten Vorschrift eine privilegierte Sachbeschädigung.

Nach unserer Ansicht kann keine der beiden Meinungen Billigung finden, in der Verwendung des Futters im Interesse, aber gegen den Willen des Eigentümers, liegt „eine Mißachtung und eine Anmaßung des Eigentümerwillens in Gestalt einer Gebrauchsanmaßung“[94]). Dieser Auffassung von Binding ist zuzustimmen, der Futtermitteldiebstahl[95]) charakterisiert sich als ein unter Strafe gestellter Fall des furtum usus.

3. Weitere einschlägige Bestimmungen des furtum usus im Reichs- und Landesstrafrecht.

Im Gegensatz zu § 370 Ziff. 6 StGB. kann mit der herrschenden Ansicht[96]) der Fall des § 289 StGB. nicht hierher gerechnet werden, denn es handelt sich bei der Pfandkehr nicht, wie vielfach[97]) angenommen wird, um ein furtum usus eigener Sache, sondern um ein furtum possessionis, denn nicht in der Anmaßung des Gebrauches kann die strafbare Handlung erblickt werden, sondern in der Verletzung der tatsächlichen Gewalt, die ein anderer Berechtigter als der Eigentümer über eine bewegliche Sache ausübt[98]).

Verschiedentlich wird auch die Bestimmung des § 368 Ziff 9 StGB. zu der Gruppe des furtum usus gezählt[99]). Diese Ansicht ist abzu-

---

90) Allfeld a.a.O. § 97, n. VII, Anm. 38; v. Liszt-Schm. S. 633, Anm. 15; Frank a.a.O. zu § 370 n. VI; Harburger a.a.O. S. 308.

91) Leipz. Komm. a.a.O. zu § 370 n. VI.

92) Schwarze a.a.O. S. 260.

93) Rotering Z. Str. W. Bd. 26, S. 723 ff.

94) So Binding Lb. 1, S. 316, 317.

95) Wegen der geringen praktischen Bedeutung und der eingehenden Darstellung des § 370 Ziff. 6 St. G. B. durch Schwarze a.a.O. S. 264—285 kann eine Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale unterbleiben.

96) Binding Lb. 1 bes. Teil, § 80 u. die dort angef. Literatur. Walther a.a.O. S. 28; Harburger a.a.O. S. 323.

97) Hückel a.a.O. S. 27, ten Hompel a.a.O. S. 800; Krüger a.a.O. S. 117 u. Lisch a.a.O. S. 32.

98) So Leipz. Komm. zu § 289, 1: Der Begriff der tatsächlichen Gewalt umfaßt den Besitz und Gewahrsam, wie auch tatsächliche Herrschaftsverhältnisse; vgl. auch die Ausführungen auf S. 5 der Arbeit.

99) So u. a. Buurmann a.a.O. S. 27 u. Walther a.a.O. S. 28.

lehnen, denn das strafwürdige Moment ist hier nicht die Verletzung des Gebrauchsrechts des Eigentümers, sondern vielmehr die Störung des Rechtsfriedens [100]).

Ebenfalls kann auch nicht, wie Walther annimmt [101]), § 370 Ziff. 5 StGB., der sogen. Mundraub hierher gerechnet werden, weil in dem Gebrauch stets ein Verbrauch liegt.

Man könnte noch an § 363 Abs. 2 StGB. denken, wonach derjenige mit Strafe bedroht wird, der zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines anderen von bestimmten, für ihn fremden Personalpapieren Gebrauch macht, als ob sie für ihn ausgestellt seien. Zweifellos liegt in der unbefugten Benutzung von solchen gefälschten Papieren ein strafwürdiges furtum usus; dennoch ist diese Vorschrift nicht zu dieser Gruppe zu rechnen, da nach unserer Ansicht hier der durch den unerlaubten Gebrauch erzielte unrechtmäßige Erfolg einzig und allein unter Strafe gestellt worden ist.

Außerhalb des Strafgesetzbuches findet sich noch im HGB. § 318 eine Strafbestimmung gegen die unbefugte Gebrauchsanmaßung, wonach die eigenmächtige Benutzung von Aktien eines anderen in der Generalversammlung zur Ausübung des Stimmrechts mit Strafe belegt ist, wobei allerdings, wie ten Hompel [102]) mit Recht ausführt, „mehr die unrechtmäßige Einwirkung auf die Gesellschaftsbeschlüsse das strafbare Moment bildet." Auf die weiteren hier in Frage stehenden Bestimmungen in den Nebengesetzen [103]), die bereits von Lisch [104]) und im Anschluß daran von Walther [105]) eingehend behandelt worden sind, braucht nicht weiter eingegangen zu werden, zumal sie nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Auch das Landesstrafrecht enthält einige einschlägige Bestimmungen des furtum usus. Der § 2 EG. z. StGB. und Art. 12 RV. stehen den Landesgesetzgebungen infolge der Beschränkung der Strafdrohung auf die §§ 290 und 370 Ziff. 6 StGB. nicht entgegen [106]). Die Länder können somit einzelne Fälle des furtum usus unter Strafe stellen.

Das sächs. Ges. über die Pfandleihe vom 21. April 1882 geht freilich durch die Bestimmung des § 15 zu weit, die speziell noch einmal die Bestrafung von Pfandleiher zum Inhalt hat. Diese Handlung

---

100) Vgl. Frank a.a.O. zu § 368, IX, der die Übertretung als Feldfriedensbruch bezeichnet.

101) Walther a.a.O. S. 28.

102) ten Hompel a.a.O. Z. Str. W. Bd. 19, S. 800 Anm. 16.

103) § 21 Eisenbahnverkehrsgesetz v. 1. Jan. 1893, § 29 des Ges. üb. d. Postwesen d. Deutschen Reiches v. 28. Okt. 1871, § 9 Depotgesetz. Diese Gesetze sind abgedruckt bei Walther S. 29.

104) Lisch a.a.O. S. 33—34, vgl. auch ten Hompel a.a.O. S. 800.

105) Walther a.a.O. S. 29—30.

106) Vgl. § 24 Nr. 1 pr. Feld- u. Forstpolizei-Ges. v. 1880; Art. 34, Ziff. 4 d. Württemberg. Pol.-Str. G. v. 1839/71; Art. 113 Ziff. 1 d. Bayer. Pol.-Str. G. B. v. 1913. § 2 der Mecklenburg.-Schweriner V. O. betr. die Bestrafung der Feldfrevel v. 2. Sept. 1879.

hat das Reich bereits durch das Vergehen des § 290 StGB. unter Strafe gestellt. Eine durch das Reichsrecht bereits geregelte strafbare Handlung kann nicht von einem Land für straflos erklärt oder anders gestraft werden. Da § 15 sächs. Ges. über die Pfandleiher geradezu eine Übertretung an die Stelle des Vergehens nach § 290 StGB. gesetzt hat, so ist diese Vorschrift nichtig [107]).

4. Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932.

a) Der Zustand vor Erlaß der Verordnung.

Als ein weiterer unter Strafe gestellter Fall des furtum usus stellt sich die V.O. des Reichspräsidenten vom 20. Oktober 1932 dar. Um die durch die VO. geschaffene Rechtslage würdigen zu können, ist eine Gegenüberstellung des früheren und des heute bestehenden Rechts notwendig.

Wenn jemand vor dem 1. November 1932 eine Schwarzfahrt mit einem Kraftwagen machte, so konnte er nicht deshalb bestraft werden, weil er sich den Gebrauch des Kraftwagens unbefugt angemaßt hatte. Das deutsche Strafgesetzbuch kennt keine allgemeine Strafdrohung, die die Entwendung zu nur vorübergehendem Gebrauch mit Strafe belegt. Gerade hier bei dem unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen, hat sich deshalb die Gesetzeslücke, bedingt durch die Straflosigkeit des furtum usus und wie wir später sehen werden, durch das Verbot der Analogie (§ 2 StGB.) zu Ungunsten des Täters, immer unangenehmer bemerkbar gemacht [108]).

Der Strafrichter konnte in aller Regel nur dann zu einer Bestrafung des Täters gelangen, wenn es möglich war, den unbefugten Gebrauch unter einen anderen Deliktstatbestand zu bringen. Dadurch gelangte er zu dem unerfreulichen und keineswegs zu billigenden Ergebnisse, den Täter wegen einer Handlung zu bestrafen, die geringer ist im Vergleich zur unbefugten Ingebrauchnahme des Kraftwagens.

So hat das Reichsgericht [109]) angenommen, daß in dem unbefugten Gebrauch eines Kraftwagens zugleich ein Diebstahl an dem bei der Fahrt verbrauchten Benzin und Oel liege.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet aber der subjektive Tatbestand bei der Bestrafung wegen Benzindiebstahls. Das Gesetz verlangt rechtswidrige Zueignungsabsicht. Das Reichsgericht vertritt hierzu in seiner grundlegenden Entscheidung die Ansicht, es genüge zur Be-

---

107) Binding Lb. 1 bes. Teil S. 321, Anm. 4; Leipz. Komm. zu § 290 n. 8b; Olshausen zu § 290 n. 6.

108) Allein in Berlin wurden im Jahre 1930 rund 1200, im Jahre 1931 rund 2000 und im Jahre 1932 durchschnittlich im Monat etwa 200 Kraftfahrzeuge als abhanden gekommen gemeldet. Vgl. Juristische Rundschau 1932 Nr. 24.

109) Die grundlegende Entscheidung für die Bestrafung von Benzindiebstahl ist vom R. G. schon im Jahre 1907 gefällt worden. (Goltd. Arch. Bd. 54 S. 420).

strafung des Schwarzfahrers nach § 242 StGB., wenn der Täter das fremde Benzin „als Antriebsmittel zur Fortbewegung habe verwenden und seinen Interessen dienstbar machen wollen." Das RG. berücksichtigt dabei nicht, daß der Verbrauch des Benzins nur Mittel zur Erreichung eines bestimmten anderen Zweckes, nämlich der Schwarzfahrt ist und daß der Zweck straffrei ist. Wir können uns der Ansicht des RG. nicht anschließen, daß, wenn das Mittel zum Zweck allein einen strafrechtlichen Tatbestand erfülle, so müsse gestraft werden, ganz gleich, ob der Zweck wie hier ftraffrei sei.

Nach unserer Ansicht liegt bei einer Schwarzfahrt niemals Diebstahl vor, denn die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Betriebsstoffe wird dem Täter nicht nachzuweisen, ja bei einer Schwarzfahrt auch gar nicht zum Bewußtsein gekommen sein. Das Verbrauchen der Betriebsstoffe dient nur als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes der Fahrt, auf diesen Zweck war die Absicht des Täters gerichtet.

Aus diesem Grunde muß auch die Entscheidung des Bay.Ob.-L.G. [110]) abgelehnt werden, in der sich der Senat der in Goltd. Arch. Bd. 54, S. 420 niedergelegten Rechtsauffassung anschließt. Zuzugeben ist, daß man in diesem Fall eher zu einer Bestrafung neigt, da nämlich der Täter von Beruf Chauffeur ist.

Doch auch in diesem Falle lehnen wir eine Bestrafung ab, da eben die Absicht, mit dem Wagen eine Schwarzfahrt zu machen, sich keinesfalls mit der Absicht auf Entwendung des Benzins deckt. Es muß eben nach gelt. Recht dem Täter das Bewußtsein der rechtswidrigen Zueignungsabsicht bezüglich des Benzins nachgewiesen werden.

Mit Recht kommt das Bay.ObLG. dann in seinem Urteil v. 7. Juli 1927 [110a]) zu einer Freisprechung, weil es die Absicht des Angeklagten, bei der Schwarzfahrt den erforderlichen Betriebsstoff seinem Vermögen zuführen zu wollen, in diesen Fällen nicht für erwiesen erachtet habe.

Es stehe fest, daß der Täter nur an die Benutzung des Wagens gedacht habe und an nichts anderes und daß ihm die Wegnahme der Betriebsstoffe gar nicht bewußt geworden sei. Da der Täter also die Betriebsstoffe unbewußt weggenommen habe, entfalle eine Bestrafung nach § 242 StGB., denn es fehle an der zu dem inneren Tatbestand des § 242 StGB. erforderlichen Absicht.

Dieser Ansicht schließen wir uns an, denn es kann mit Recht aus dem tatsächlichen Vorgang bei einer unbefugten Wegnahme des Wagens nicht gefolgert werden, daß auch das Bewußtsein der Zueignungsabsicht bezüglich der Betriebsstoffe vorliege.

Man wird dieser Ansicht entgegenhalten, daß ein „Kraftfahrzeug nicht durch das feste Anfassen des Steuerrades, nicht durch Abgabe von Hupensignalen und auch nicht durch überirdische Kräfte, son-

---

110) Vgl. J. W. 1926, S. 2764.
110a) Abgedr. in J. W. 1928, S. 238.

dern durch den Verbrauch der Betriebskräfte bewegt wird“ [111]). Dieser Satz ist zwar richtig, aber dadurch ist kein Beweis für die Absicht des Täters erbracht, sondern nur eine Vermutung ausgesprochen. Die Beweisschwierigkeit, das Bewußtsein der Betriebsstoffentziehung dem Benutzer des Fahrzeugs nachzuweisen, wird in der Praxis vielfach dadurch umgangen, daß man einen dahingehenden Vorsatz unterstellt. Zur Bestrafung nach § 242 bezw. 246 StGB. ist erforderlich, „daß im Täter ein Willensmoment ausgeprägt ist, das die Entwendung des Betriebsstoffes als unbedingt gewollte Folge der Gebrauchsanmaßung ansieht, eine in der Innenwelt des Täters vorhandene Willensentschließung, die nicht als „motivierende Erfolgsvorstellung betrachtet werden kann, reicht für den subjektiven Tatbestand nicht aus“ [112]).

Auch wird die Konstruktion der Bestrafung wegen Benzindiebstahls dem Bedürfnis nach einer angemessenen und allgemeinen Bestrafung des unbefugten Gebrauches von Kraftfahrzeugen nicht gerecht. Sie führt vielmehr zu großen Ungerechtigkeiten, denn gleiche Fälle werden ungleichmäßig behandelt.

So ist der Diebstahlstatbestand nicht erfüllt, wenn der Täter vorsichtigerweise die in den Behältern des Kraftwagens enthaltenen Betriebsstoffe abfüllt und eigene verwendet. Ein routinierter Täter, dem die Straflosigkeit des furtum usus bekannt ist, kann somit gefahrlos mit fremden Kraftwagen beliebige Schwarzfahrten machen.

Ferner geht der Täter straflos aus, der ein elektrisch betriebenes Fahrzeug (Elektromobil) benutzt. Die Entziehung der Elektrizität kann nicht nach § 242 StGB. geahndet werden, weil Elektrizität keine Sache im Sinne des Gesetzes ist. Auch kann der Verbrauch der Elektrizität nicht als strafbare Entziehung elektrischer Energie im Sinne des Gesetzes vom 9. April 1900 gewertet werden, da die Entnahme der Elektrizität nicht wie es das Gesetz, um strafen zu können, verlangt, durch einen anderen nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme bestimmten Leiter geschieht. Eine Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen auf den unterstellten Fall würde sich als Verstoß gegen § 2 StGB. darstellen. In beiden Fällen stellt die unbefugte Benutzung als solche sich als ein strafloses furtum usus dar.

Eine weitere Möglichkeit, den Täter als Dieb zu bestrafen, ist gegeben, wenn der Täter bei der Wegnahme des Fahrzeuges die Absicht hat, es später an beliebiger Stelle zurückzulassen und dem Zugriff jedes Dritten preiszugeben [113]). Liegt der Sachverhalt so, dann hat der Täter zwar nicht die Absicht gehabt, sich den Kraftwagen dauernd anzueignen, wohl aber hat er mit Vorsatz dem Berechtigten den Kraftwagen dauernd entzogen. Es genügt für die Erfüllung der Zueignungsabsicht im Sinne der oben gegebenen Definition, daß der

---

111) So Oesterle a.a.O.

112) Vgl. Stiefel D. J. Z. 1931 Sp. 1577/78; vgl. auch Frank a.a.O. Anm. VII, 2 c zu § 242 St. G. B.

113) Vgl. R. G. St. Bd. 64, 258; Bay. Ob. L. G. Entsch. abgedr. in J. W. 1928 S. 238.

Dieb mit der Möglichkeit der dauernden „Enteignung" des Eigentümers rechnete und für den Fall ihres Eingriffs damit einverstanden war [114]). So bleibt selbst der ausdrückliche Wunsch des Täters, der Wagen möge wieder an den Eigentümer zurückkommen, belanglos, soweit er nicht durch entsprechende Handlungen getätigt wird, denn der Täter muß immer mit der Möglichkeit rechnen, daß der Wagen dem Eigentümer nicht wieder zugestellt wird [115]).

Die Bestrafung bei Aussetzung des Wagens wegen Diebstahls ist als unbedingt gerechte Lösung zu betrachten, denn für den Eigentümer ist es gleichgültig, ob der Täter sich den Wagen dauernd zueignet, oder ihn in einer Weise aussetzt, daß ihm die Ausübung des Eigentumsrechts tatsächlich unmöglich gemacht wird.

Aber auch diese Beurteilungsweise ist nur aus dem Mangel der Straflosigkeit des furtum usus entstanden. Auch hier werden nicht alle Fälle strafrechtlich erfaßt, denn eine Verurteilung wird in der Regel nur stattfinden können, wenn der Täter den Kraftwagen nach dem Gebrauch wirklich ausgesetzt hat. Wird der Täter z. B. während der Fahrt festgenommen, so kann er stets einwenden, er habe den Kraftwagen ja wieder an den ursprünglichen Ort zurückfahren wollen. Auch hier besteht die Gefahr, daß der Richter dem Täter einen Willen unterstellt, von dem der Täter selbst keine Ahnung hat.

Auf der Suche, die Gesetzeslücke auszufüllen, hat man versucht [116]), in der Beschmutzung eines in Gebrauch genommenen Kraftwagens eine Beschädigung zu erblicken, mit der Begründung, daß diese eine „Beeinträchtigung der Brauch- und Verwendbarkeit des Wagens darstelle. Nach der von uns oben dargelegten Auffassung kann in der Beschmutzung keine Sachbeschädigung gesehen werden, da diese keine Minderung des Substanzwertes zur Folge hat. Es handelt sich vielmehr um eine unbedeutende und vorübergehende Minderung der Gebrauchsfähigkeit; es widerspricht auch dem Rechts- wie dem Sprachgefühl, daß ein Wagen, der doch gerade als Beförderungsmittel bei schlechtem Wetter dient, durch Beschmutzung beschädigt werde. Eine Bestrafung gemäß § 303 StGB. scheitert nach unserer Auffassung schon an dem Fehlen des objektiven Tatbestandes. Es kann allerdings der Tatbestand der Sachbeschädigung gegeben sein, wenn nämlich der Täter das Fahrzeug bei dem unbefugten Gebrauch sonstwie beschädigt [117]). In diesem Fall wird eine Bestrafung aber meist am subjektiven Tatbestand scheitern, da der Täter selten einen dahingehenden Vorsatz haben wird. Auch entfällt die Anwendbar-

---

114) So Schaffstein a.a.O. S. 311, Anm. 39.

115) a. A. Conrad in D. J. Z. 1924, Sp. 740/41.

116) Vgl. Bindung Lb. 1 bes. Teil S. 248 Anm. 5; Kohlrausch St. G. B. Anm. 4 zu § 303; ferner Urt. d. O. L. G. Celle (Z. Str. W. Bd. 45, S. 479) u. R. G. St. Bd. 20, 182 ff.; S. 353; Bd 43, 204 ff. Dagegen: Rotering G. S. Bd. 47, S. 218 ff.

117) So z. B. durch Zusammenstoß — Abbrechen einer Türklinke — Demolieren d. Scheibenwischers u. s. w.

keit des § 370 Nr. 5 StGB., weil ein Verbrauch der Betriebsstoffe innerhalb der Hauswirtschaft zur Befriedigung eines Lebensbedürfnisses nicht beabsichtigt ist[118]).

Blickt man auf die erörterten Möglichkeiten zurück, die bis zum Erlaß der VO. bestanden, den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen zu bestrafen, so hat sich zwar eine Bestrafungsmöglichkeit gefunden, es waren aber immer andere Straftaten, das furtum usus, die unbefugte Gebrauchsanmaßung und damit das eigentliche strafwürdige Moment blieb straflos. Dieses unverständliche Ergebnis konnte eben nach dem damaligen Recht nicht beseitigt werden[119]), und somit ging der Täter für eine Handlung, die unbedingt strafwürdig war, infolge einer Gesetzeslücke straflos aus. Es bleibt, wie Stiefel[120]) mit Recht ausführt, „dem gesunden Menschenverstand unverständlich, den Schwarzfahrer wegen der Bagatellentwendung schuldig gesprochen zu sehen, die eigentlich strafwürdige Handlung hingegen, die Gebrauchsanmaßung, durch Straflosigkeit gewissermaßen sanktioniert oder deren Bestrafung von zufälligen Äußerungen abhängig gemacht zu sehen".

b) Der Zustand nach Erlaß der Verordnung.

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß der völlig unhaltbare Zustand, bedingt durch die Straflosigkeit des furtum usus, ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderte. Dem Gesetzgeber standen damals zwei Wege offen, um die unerfreuliche Gesetzeslücke auszufüllen, einmal durch die Schaffung einer Strafnorm, die die generelle Bestrafung des furtum usus zum Inhalt hatte, zum anderen durch die Schaffung einer Spezialstrafbestimmung gegen den unbefugten Gebrauch von bestimmten Gegenständen. Der Gesetzgeber ist den letzteren Weg gegangen und hat eine Strafbestimmung erlassen, um Schwarzfahrten jeder Art, soweit sie mit Kraftfahrzeugen und Fahrrädern unternommen werden, zu bekämpfen. Inwieweit dadurch eine befriedigende Lösung geschaffen worden ist, soll bei der Erörterung der Gesetzesbestimmung gezeigt werden. Verkannt werden darf nicht, daß die Bedürfnisse der Rechtspflege dem Streite der Meinungen stets vorgehen müssen. Dem Volk und den Haltern von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern ist das Problem der juristischen Qualifikation gleichgültig. Sie fordern Schutz durch Strafe und insofern ist die VO. des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932 zu begrüßen.

---

118) Recht 1915 Nr. 984.

119) Vgl. Arndt, in R. d. K. 1926, S. 119 und R. d. K. 1928, S. 147, Arndt vertritt hier den Standpunkt, daß es erforderlich sei, ein Sonderdelikt zu schaffen. —

120) So Stiefel a.a.O. S. 272.

Die Verordnung lautet:

§ 1. Wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird, soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Wer die Tat gegen seinen Ehegatten oder gegen einen Verwandten absteigender Linie begeht, ist straffrei.

Kraftfahrzeuge im Sinne dieser Verordnung sind die Fahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, Landkraftfahrzeuge nur insoweit, als sie nicht an Bahngleise gebunden sind.

§ 2. Die Verordnung tritt am 1. November 1932 in Kraft [121]).

Gegenstand des Strafschutzes sind demnach Kraftfahrzeuge und Fahrräder. Der Begriff des Kraftfahrzeuges ist in § 1 Abs. 5 gesetzlich festgelegt. Die VO. steht mit dieser Definition im Gegensatz zum K.F.G. (§ 1, 2), als sie den dort gegebenen Begriff des Kraftfahrzeuges erweitert und auch für Luft- und Wasserfahrzeuge einen strafrechtlichen Schutz gewährt. Voraussetzung des Schutzes ist, daß die Fahrzeuge „durch Maschinenkraft", also nicht durch menschliche oder tierische Kraft in Bewegung gesetzt werden. Durch die Einfügung dieses Tatbestandsmerkmals ist eine Einschränkung erfolgt, die die Bestrafung vieler strafwürdiger Fälle ausschließt. So begeht der Täter ein strafloses furtum usus, der unbefugt einen Freiballon, ein Segelflugzeug, ein Ruderboot, ein Paddelboot und ein Segelschiff in Gebrauch nimmt, weil diese Fahrzeuge alle nicht durch Maschinenkraft fortbewegt werden. Dagegen macht er sich strafbar, wenn er sich den Gebrauch eines Flugzeugs, Luftschiffs, Dampfers, Schleppers oder eines Segel- oder Ruderbootes mit Außenbordmotor anmaßt. Nach unserer Auffassung ist der gemachte Unterschied nicht gerechtfertigt, der unbefugte Gebrauch eines Segelschiffes und der übrigen oben genannten Fahrzeuge erscheint uns genau so strafwürdig, wie der unbefugte Gebrauch eines Fahrrades, Kleinkraftrades oder eines Segelbootes mit Außenbordmotor.

Durch das einschränkende Moment „soweit sie nicht an Bahngleise gebunden sind", beansprucht die VO. für Eisenbahnen, Kleinbahnen und elektrische Bahnen keine Geltung. Dagegen schützt sie die Wasserfahrzeuge auch dann, — wie z. B. die Kettendampfer — wenn sie an einen festen Fahrweg gebunden sind [122]). So kann nach der VO. nicht bestraft werden, wer eine Lokomotive eine Straßenbahn in Bewegung setzt und damit eine Strecke fährt, ebenso wenig derjenige, der eine Schwebe- oder Seilbahn in Benutzung nimmt, da diese

---

121) R. G. Bl. 1932, Teil I, Nr. 69.

122) Einzelheiten über Wasserkraftfahrzeuge bei Wagner, Komm. S. 30/31.

Fahrzeuge keine Kraftfahrzeuge im Sinne der VO. sind [123]). Zu den Landkraftfahrzeugen gehören vor allem die Personenkraft- und die Lastkraftwagen, wie auch die Kraftomnibusse. Als weitere Beispiele wären anzuführen, die Elektrokarren, Raupenschlepper, Tanks, selbstfahrende Arbeits- und Werkzeugmaschinen, Motorräder und abweichend von § 27 Kraftfahrzeuggesetz, auch die Kleinkraftfahrräder [124]).

Mit Recht werden neben den Kraftfahrzeugen auch die Fahrräder unter den Schutz der VO. gestellt, denn bei den Fahrrädern liegen in mancher Beziehung die tatsächlichen Verhältnisse ähnlich, wie bei den Kraftfahrzeugen. Die Gleichsetzung folgt aus der durchaus richtigen Erwägung, daß die Besitzer eines Fahrrades durch den unbefugten Gebrauch oft größeren Schaden erleiden als die wirtschaftlich besser gestellten Volksgenossen, deren Kraftfahrzeuge vorübergehend benutzt werden. Über den Begriff des Fahrrades sagt die VO. nichts. Nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs und des Sprachgefühls hat man mit Wagner [125]) unter Fahrrad „jedes zwei- oder mehrrädrige Fahrzeug zu verstehen, das ausschließlich durch Treten zu Lande fortbewegt wird, an Gleise nicht gebunden ist und von der Verkehrsauffassung als Fahrrad anerkannt wird." Im einzelnen folgt hieraus, daß fahrbare Krankenstühle, die durch Armbewegungen fortbewegt werden, Wsserfahrräder [126]) nicht unter den Begriff des Fahrrades fallen. Auch kann eine Traisine, ein an eine Schienenbahn gebundenes, auf Rädern laufendes Fahrzeug nach dem Sprachgebrauch nicht als Fahrrad angesehen werden, auch wenn es durch Tretbewegungen fortbewegt wird [127]). Aus demselben Grunde fallen auch Kinderspielzeuge, wie „fliegender Holländer", Roller und Kinderauto nicht unter die Verordnung.

Die strafbare Handlung besteht nach der Verordnung darin, daß jemand ein Fahrzeug in Gebrauch nimmt. Die VO. enthält keine nähere gesetzliche Bestimmung des Begriffes „Ingebrauchnehmen". Der Ausdruck „Ingebrauchnehmen" findet sich schon im § 290 StGB. Die dort übliche Definition versteht unter „Ingebrauchnehmen jede nutzbare Verwendung der Sache, welche mit ihrer Beschaffenheit verträglich ist" [128]). Eine Anlehnung der VO. an diese Definition kann jedoch nicht angenommen werden, denn dann wären schon Fälle, wie das Anlehnen an einen Kraftwagen, das Besteigen des Trittbrettes usw. strafbar, denn auch durch die Handlung verwendet jemand, wenn auch nur für einen kurzen Augenblick den Kraftwagen nutzbar für sich. Die für § 290 StGB. gegebenen Begriffsbestimmung des „Ingebrauchnehmens" kann daher auf die VO. sinngemäß keine An-

123) Vgl. Wagner Komm. S. 27, c, β u. R. G. Z. Bd. 86, 94.
124) Weitere Einzelheiten über den Begriff „Kraftfahrzeug" finden sich bei Wagner, S. 23—29.
125) Wagner Komm. S. 35, II.
126) A. A. Oesterle a.a.O. S. 272, der Wasserfahrräder als Fahrräder im Sinne der V. O. aufgefaßt wissen will.
127) Vgl. Wagner, Komm. S. 37/5.
128) Vgl. Leipz. Komm. zu § 290 n. 5; Olshausen zu § 290 n. 4; Binding Lb. 1, bes. Teil, S. 322.

wendung finden. Auch kann „Ingebrauchnehmen" nicht mit „Inbetriebsetzen" im Sinne des Kraftfahrzeuggesetzes [129]) gleichgesetzt werden, denn sonst wäre die Verschiedenheit des gewählten Ausdrucks für zwei inhaltlich gleiche Begriffe nicht zu verstehen.

Es ist daher erforderlich, von der Wortbedeutung und dem Zweck der Bestimmung auszugehen. Danach nimmt ein Kraftfahrzeug oder Fahrrad in Gebrauch, „der die bestimmungsmäßigen Triebkräfte auf das Fahrzeug zum Zwecke bestimmungsmäßiger Verwendung einwirken läßt und dadurch eine (ihm nicht zustehende) tatsächliche Herrschaftsgewalt über das ganze Fahrzeug ausübt" [130]). Somit macht derjenige, der das Kraftfahrzeug nicht als Beförderungsmittel ausnutzt, sich nicht nach der oben gegebenen Definition strafbar. Somit kann jemand, ohne sich der Gefahr der Bestrafung auszusetzen, einen unbewacht dastehenden Kraftwagen benutzen, um darin zu nächtigen oder Diebesgut aufzubewahren. In all diesen Fällen verstößt er nicht gegen die Verordnung, weil es sowohl an der Ingebrauchnahme, wie auch an der bestimmungsgemäßen Verwendung als Fortbewegungsmittel fehlt [131]). Wer dagegen mit einem Motorrasenmäher seine Wiesen abmäht oder mit dem Motorpflug seines Nachbarn seine Felder pflügt, fällt unter die Strafandrohung, weil die Ingebrauchnahme zum Zwecke bestimmungsgemäßer Verwendung des geschützten Fahrzeuges stattfindet [132]).

Wie sich aus der Definition des Ingebrauchnehmens ergibt, wird der sogenannte blinde Passagier von der VO. nicht betroffen, da, wenn er heimlich in einem Omnibus, Flugzeug, Luftschiff usw. fährt, dieses Fahrzeug wohl von ihm benutzt, nicht aber in Gebrauch genommen wird, denn er übt ja nicht die Herrschaftsgewalt über das ganze Fahrzeug aus.

Besondere Hervorhebung verdienen die Fälle, daß ein Chauffeur entgegen den Anordnungen des Wagenhalters eine zu schnelle oder zu langsame Geschwindigkeit fährt, eine fremde Person unbefugt mitnimmt oder wenn der Chauffeur des Verfügungsberechtigten eigenmächtig von der angegebenen Fahrtroute abweicht oder endlich eine unerlaubte Vergnügungsfahrt macht. Es ist hier die Frage, ob der Chauffeur in allen diesen Fällen sich nach der VO. strafbar gemacht oder nur ein strafloses furtum usus begangen hat. Wenn er von den einzelnen Anweisungen des Verfügungsberechtigten abweicht, so nimmt er damit noch nicht das Fahrzeug widerrechtlich in Gebrauch. Nach der VO. ist der zu bestrafen, der den Kraftwagen unbefugt in Gebrauch nimmt, nicht aber derjenige, der den Anweisungen des Verfügungsberechtigten während der erlaubten Fahrt zuwiderhandelt. Wenn der Chauffeur dagegen gegen den Willen des Verfügungsberechtigten mit dem Kraftwagen eine Vergnügungsfahrt

---

129) K. F. G. § 1, Abs. 1; § 7, Abs. 3.
130) So Wagner, Komm. S. 43, d 3.
131) Vgl. dazu Oesterle a.a.O. S. 272. A. A. Meyer in R. d. K. Jg. 1930 Nr. 9 S. 339, II.
132) Diese Beispiele sind dem Komm. von Wagner S. 45, b entnommen.

macht oder von der erlaubten Fahrt aus einen unerlaubten Umweg macht, so hat er sich in den meisten Fällen nach der VO. strafbar gemacht. Handelt es sich bei dem Umweg um nur geringfügige Abweichungen, so wird man annehmen können, daß trotz Erfüllung des objektiven Tatbestandes die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit entfällt.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal verlangt § 1 der VO.., daß das Ingebrauchnehmen „gegen den Willen des Berechtigten" erfolgt. Berechtigter im Sinne der VO. ist „nicht nur der Eigentümer, sondern jeder, dem nach der bürgerlichen Rechtsordnung die Verfügung und der Gebrauch des Wagens zustehen" [133]). Als Träger des Gebrauchsrechts kommen daher insbesondere in Betracht: Der Halter, der Mieter, der Leiher und auch der Abzahlungskäufer des Kraftwagens, aber auch der im gesetzlichen Güterstand lebende Ehemann, wenn es sich um ein der Verwaltung und Nutznießung unterliegendes Fahrzeug der Frau handelt, der Vater, dem die väterliche Nutznießung am Fahrzeug seines Kindes zusteht [134]). Für die Strafbarkeit genügt nun, daß die mangelnde Zustimmung sich aus den gesamten Umständen ergibt. Der Täter hat dann seinerseits ein Einverständnis des Gebrauchsberechtigten oder besondere Tatsachen nachzuweisen, aus denen sich die Berechtigung zur Benutzung des Fahrzeuges ergibt.

Die subjektive Tatseite verlangt vorsätzliches Handeln. Der Täter muß daher bei Begehung der Straftat wissen, daß er ein Kraftfahrzeug in Gebrauch nimmt, und daß diese Ingebrauchnahme gegen den Willen des Berechtigten erfolgt. Dabei genügt auch bedingter Vorsatz. Hier ergeben sich besondere Schwierigkeiten bezüglich des Tatbestandsmerkmales des Ingebrauchnehmens „gegen den Willen des Berechtigten". Zur Bestrafung genügt daher nicht ein Handeln gegen den zu vermutenden Willen des Berechtigten, sondern nur ein solches gegen dessen „vermuteten" Willen [135]).

Neben der vollendet enTat ist nach der VO. auch der Versuch unter Strafe gestellt. Hiernach wird der Täter straffällig, wenn er mit dem Ingebrauchnehmen des Fahrzeuges begonnen hat, „also mit dem Beginn einer solchen Handlung, die der Begründung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt zum Zwecke der Benutzung des Fahrzeuges als Beförderungsmittel dienen soll" [136]).

§ 1 der VO. ist nur anwendbar, wenn die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist. Erfüllt somit die Gebrauchsanmaßung nach den oben angeführten bisherigen Möglichkeiten zugleich den Tatbestand eines anderen Delikts, so greift die VO. nicht ein.

---

133) So Oesterle a.a.O. S. 272; ähnlich Wagner Komm. S. 50, 1.

134) Vgl. zu diesen Ausführungen Wagner, Komm. S. 50—53. u. Oesterle a.a.O. S. 272.

135) So Wagner J. R. 1932 Nr. 24, ferner Olshausen Bd. 1 zu § 123 St. G. B. Anm. 9; Leipz. Komm. zu § 123 Anm. 5; Frank zu § 123 II 1. A. A. R. G. St. Bd. 12, 132.

136) So Oesterle S. 273.

Ähnlich wie bei Diebstahl bleibt nach § 1 Abs. 4 der VO. straffrei, wer die Tat gegen seinen Ehegatten oder gegen einen Verwandten absteigender Linie begeht." Der Gesetzgeber ist hier mit Recht von der Erwägung ausgegangen, daß ein furtum usus nicht strafbar sein kann in Fällen, bei denen nicht einmal der Diebstahl oder die Unterschlagung strafrechtlich verfolgt werden könnte (§ 247 Abs. 2 StGB.).

§ 6. Kritik an dem Rechtszustand nach geltendem Recht.

Wir haben nunmehr die Betrachtung der nach geltendem Recht unter Strafe gestellten Fälle des furtum usus beendet und treten jetzt vor die bedeutsame Frage: Hat das geltende Recht durch die erörterten Gesetze Rechtsnormen aufgestellt, die allen Erfordernissen in wünschenswerter Weise entsprechen.

Bevor wir zur Beantwortung der eigentlichen Frage schreiten, sei zunächst auf Grund der vorstehenden Erörterungen festgestellt, daß die Reichsgesetzgebung die Bestrafung des furtum usus grundsätzlich ablehnt und auf ein sehr enges Gebiet beschränkt hat. In den Motiven [137]) heißt es hierzu: „Wer vertragswidrig eine fremde Sache, insbesondere ein Faustpfand gebraucht, ist dem Verletzten nur zivilrechtlich verantwortlich. Wenn dessen ungeachtet der Entwurf die in § 286 (§ 290 StGB.) enthaltene Bestimmung aufgenommen, so ist es „der Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" durch den öffentlichen Pfandleiher, welcher hier das strafbare Moment bildete."

Es ist unbedingt anzuerkennen, daß die Motive von einem richtigen Grundgedanken ausgehen, indem sie den „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" in den Vordergrund stellen; die große Bedeutung aber, die der § 290 StGB. bei konsequenter Durchführung des Gedankens haben könnte, wird in hohem Grade dadurch wieder abgeschwächt, daß sein Tatbestand viel zu eng gefaßt ist.

Unterstellt man nämlich die Richtigkeit dieses Prinzipes, so drängt sich einem sofort die Frage auf, genießt der öffentliche Pfandleiher allein ein öffentliches Vertrauen? Mit Recht führt ten Hompel [138]) aus, „wie verhält es sich mit dem Garderobenwärter, welcher in öffentlichen Theatern vergessene Garderobestücke in Gebrauch nimmt, oder wie, wenn Beamte öffentlicher Museen ihre Vertrauensstellung benutzen, um Fotografien, Zeichnungen, Nachbildungen seltener Stücke vorzunehmen, oder solche in der Absicht, sie wieder an Ort und Stelle zu setzen, daheim benutzen?" Auch in diesen Fällen, die sich beliebig vermehren lassen [139]), liegt in der Handlung ein „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens".

Auch genießen die öffentlichen Pfandleiher nicht etwa ein außergewöhnliches öffentliches Vertrauen. Das ergibt sich schon aus der

137) Mot. z. deutschen Str. G. B. S. 138 ff.; v. Schwarze, Komm. Str. G. B. zu § 290.

138) ten Hompel a.a.O. S. 802.

139) Man denke z. B. an den Bankier, der die bei der Bank hinterlegten Sachen unbefugt in Gebrauch nimmt, vgl. auch Binding Lb. 1. 322 n. 5.

obigen Definition der öffentlichen Pfandleiher. Danach haben wir unter öffentliche Pfandleiher solche Personen zu verstehen, „die das Geschäft eines Pfandleihers derart betreiben, daß dasselbe individuell unbestimmten Personen zugänglich ist." Ähnlich liegen die Verhältnisse bei dem Garderobenwärter. Wir haben bereits festgestellt, daß es zur Betreibung des Geschäfts nicht einmal auf die gemäß § 34 Abs. 1 Gew.O. vorgeschriebene Konzession ankommt[140]). Es ist vollkommen gleichgültig, ob die Polizei oder eine sonstige Behörde von dem Pfandleihgeschäft weiß. Auch kann aus der Verpflichtung des Pfandleihers, genau über die abgeschlossenen Pfandgeschäfte Buch zu führen und der Behörde jederzeit Einsicht zu gestatten, nicht auf ein außergewöhnliches öffentliches Vertrauen geschlossen werden. Durch diese behördliche Kontrolle wird das Publikum vor einem furtum usus kaum mehr geschützt, als wenn eine derartige Kontrolle fehlte, denn der Pfandleiher wird die unbefugt in Gebrauch genommenen Gegenstände stets zeitig am Platze haben[141]). Es liegt in der Tat in dem Vergehen des öffentlichen Pfandleihers kein strafwürdigerer Fall des furtum usus als in einem Vergehen durch eine der oben angeführten Personen. Es ist daher kein Grund zu ersehen, warum nur der Pfandleiher das öffentliche Vertrauen durch Gebrauchsanmaßung verletzen soll und aus welchem Grunde nur die durch ihn vorgenommene Benutzung von Gegenständen unter Strafe gestellt ist.

Ebenso gibt es weit schwerwiegendere und somit auch strafwürdigere Fälle des furtum usus als den gemäß § 370 Ziff. 6 unter Strafe gestellten Futtermitteldiebstahl. Sicherlich liegt in der Mißachtung und der Anmaßung des Eigentümerwillens ein, wie Binding[142]) mit Recht ausführt, „kleiner selbstständiger deliktischer Kern, an den eine kleine Straffolge geknüpft werden kann". Aber ist das nicht auch der Fall, wenn die Haushälterin ihrem kranken Herrn seinen guten Wein wegnimmt, um ihn damit nach Vorschrift des Arztes zu stärken, vorgebend, sie habe ihn zum Geschenk erhalten[143]). Es läßt sich auch hier kein Grund anführen, warum man gerade diesen untergeordneten Fall des furtum usus unter Strafe gestellt hat. Man vergleiche einmal die von ten Hompel[144]) angeführten 18 Fälle, man wird sofort erkennen, daß sämtliche angeführten Fälle weit schwerwiegender sind, als der Fall des § 370 Ziff. 6 StGB. Denn sollte es nicht ebenso strafwürdig sein, wenn ein Handwerker die ihm zur Reparatur übergebenen Sachen für sich benutzt oder Wäscherinnen, wie es in Großstädten vorkommt, vor der Zurückerstattung die Wäsche vermieten und dann erst endgültig herrichten, als wenn je-

140) Vgl. S. 17 dieser Arbeit.
141) Vgl. zu diesen Ausführungen ten Hompel S. 802/803.
142) Binding a.a.O. Lb. S. 317 n. 2.
143) Dieses Beispiel ist zur Erläuterung dem Lehrbuch von Binding I bes. Teil S. 317, I entnommen. Vgl. auch die weiteren dort angeführten Beispiele.
144) ten Hompel, Diss. S. 21—22.

mand ein Tier mit Futter des Tiereigentümers wider oder ohne dessen Willen füttert.

Sämtliche Entwürfe [145]) zu einem neuen Strafgesetzbuch haben den § 290 StGB. mit der Begründung gestrichen, soweit noch Platz für diese Vorschrift sei, gehöre sie in die Gewerbeordnung. Dagegen ist § 370 Z. 6 StGB. zunächst in dem Vorentwurf in § 308 Nr 12 und dem Kommissionsentwurf § 421 Nr. 2 Abs. 3 beibehalten, aber in den folgenden Entwürfen fallen gelassen.

Aus dem Erörterten ergibt sich ohne weiteres, daß dem Fehlen dieser beiden Bestimmungen im künftigen Strafgesetzbuch keinerlei Bedenken entgegenstehen, denn die empfindliche Gesetzeslücke wird durch diese beiden Vorschriften in keiner Weise befriedigend ausgefüllt.

Den dritten Fall des unter Strafe gestellten furtum usus stellt die VO. des Reichspräsidenten vom 20. Oktober 1932 dar.

Durch die VO. hoffte man den dringendsten, unserem heutigen Strafgesetzbuch anhaftenden Mängeln abzuhelfen, die die Gerichte nötigten, wie bei der Erörterung des Zustandes vor Erlaß der Verordnung gezeigt worden ist, Urteile zu fällen, die dem natürlichen Rechtsempfinden widersprechen. Das allgemeine Rechtsbewußtsein wurde nicht befriedigt, den Außenstehenden, denen die strenge Bindung des Richters an das Gesetz nicht bekannt war, mußte diese Rechtsprechung, die in jedem Falle das strafwürdige furtum usus ungesühnt ließ, geradezu weltfremd erscheinen.

Unter voller Berücksichtigung der Größe der durch die Straflosigkeit des furtum usus hervorgetretenen Mißstände hat man mit Recht geglaubt, nicht bis zu der allgemeinen Reform des Strafgesetzbuches warten zu dürfen. So hat man mit der Spezialbestimmung eine Norm geschaffen, die es zunächst einmal ermöglicht, die strafwürdigsten Fälle auf diesem Gebiet zu ahnden.

Bei der Erörterung der VO. ist bereits hervorgehoben worden, daß der Schutz der VO. sich keineswegs auf alle schutzbedürftigen Fahrzeuge erstreckt. So muß auch der Rechtszustand nach der VO. als befremdlich erscheinen, da die VO. für analoge Fälle keinen strafrechtlichen Schutz gewährt. Wenn nun auch zugestanden werden muß, daß die unbefugte Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern zu den übrigen erwähnten Fällen praktisch viel häufiger vorkommen und deshalb kriminell wichtiger sein wird, so muß auch zugegeben werden, daß dies bis heute für Flugzeuge und Luftschiffe noch nicht zutrifft und andererseits, daß die Schuld bei all diesen Delikten die gleiche ist und deshalb kein Grund vorliegt, von einem strafrechtlichen Schutz in diesen Fällen abzusehen. Denn die Strafe soll in erster Linie begangenes Unrecht vergelten, daneben aber auch, soweit es mit dem Vergeltungszweck verträglich ist, auch sichern [146]).

---

145) Vgl. die Begründung im amtl. Entw. eines Allg. Deutsch. Strafgesetzbuches. 1. Teil, Berlin 1925, S. 169. 31. Abschn.

146) Vgl. Birkmeyer Goltd. Arch. a.a.O. S. 67 ff. u. Köhler, Reformfragen d. Strafrechts, S. 9 ff.

Fassen wir das Ergebnis vorliegender Untersuchungen noch einmal kurz zusammen, so beantwortet sich die oben gestellte Frage dahin:

Die im Reichsrecht geregelten Normen führen zu keinem befriedigenden Ergebnis bei der Bestrafung des furtum usus. Die beiden Bestimmungen des § 290 StGB. und § 370 Ziff. 6 StGB. treffen durchaus nicht die strafwürdigsten Fälle. Die VO. des Reichspräsidenten läßt ebenfalls viele durchaus strafwürdige Fälle ungesühnt .

So wird de lege lata derjenige, der sich eines unbefugten Gebrauches fremder Sachen schuldig macht, in zahlreichen strafwürdigen Fällen der wohlverdienten Strafe entgehen.

§ 7. Die Unhaltbarkeit der Begründung der Straflosigkeit des furtum usus.

Die grundsätzliche Straflosigkeit des furtum usus begründen die Motive damit: „Geht der Gebrauch in den Verbrauch über' so kann er möglicherweise als Unterschlagung sich darstellen, wie auch sonst der Gebrauch durch den Hinzutuitt anderer eine Strafbarkeit begründender Umstände in ein bestimmtes Delikt übergehen kann." Aufgabe der nachfolgenden Erörterungen sei es, die Richtigkeit dieses Satzes zu prüfen, dabei soll auf besondere Grenzfälle des furtum usus eingegangen werden. Die hier in Frage stehenden Entscheidungen des Reichsgerichts[147]) sind jedoch verschiedentlich einer mehr oder weniger eingehenden Kritik unterzogen worden. Es wäre leicht möglich, schon Gesagtes zu wiederholen, wollten wir jetzt dazu übergehen, die einzelnen Entscheidungen eingehend zu prüfen und ihre Widersprüche darzulegen. Auch ist eine Erörterung in dieser Hinsicht bereits von ten Hompel und im Anschluß daran von Walther[148]) in eingehender Weise vorgenommen worden, es sei daher an dieser Stelle auf diese Ausführungen verwiesen.

Somit kann unsere Aufgabe nur darin bestehen, noch einmal kurz auf die wichtigsten Fälle hinzuweisen, dabei sollen jedoch anhand eines der umstrittensten Fälle die hier in Frage stehenden Probleme noch einmal einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

Namentlich muß hier, wie ten Hompel[149]) sagt, „vor der Anwendung des § 263 StGB. gewarnt werden, dessen Strafbestimmungen die Praxis besonders gern auf die Fälle des furtum usus anwendet". In der Tat handelt es sich bei der Handlung des blinden Passagiers, des unbefugten Besuchs von Konzerten, Theatern usw. und

147) Vgl. Finger a.a.O. S. 403 ff.; Frank a.a.O. zu § 242, VII, 2 a, 8 und zu § 263, V, 5 und die dort angeführte Literatur und die Entsch. des R. G.

148) ten Hompel Z. Str. W. Bd. 19, S. 804—808; Walther a.a.O. S. 21—27.

149) ten Hompel a.a.O. S. 804.

dem Automatenmißbrauch, dem Abheben von Teilbeträgen von Sparkassenbüchern um dem Betruge verwandte, aber aus ihm in der Hauptsache wegen der Schwierigkeit des Nachweises der einzelnen Tatbestandsmerkmale desselben mit Recht ausgeschiedene Delikte. Denn es ist bei allen diesen Delikten de lege lata gleich schwer, eine Täuschungshandlung und einen dadurch erregten oder unterhaltenen Irrtum mit der Folge einer Vermögensverfügung festzustellen [150]). Man hat daher versucht, die oben angeführten strafwürdigen Fälle auch unter andere Deliktstatbestände zu subsumieren.

Zur weiteren Erläuterung sei der viel erörterte und äußerst umstrittene Grenzfall der Abhebung von Teilbeträgen eines Sparkassenbuches einer kurzen Betrachtung unterzogen.

In dieser Handlung sehen die Anhänger der formellen Zueignungstheorie lediglich einen Gebrauch, ein strafloses furtum usus des Sparkassenbuches und lehnen infolgedessen eine Zueignung ab [151]). Diese Ansicht erscheint auf den ersten Blick auch überzeugend, wenn man bedenkt, daß der Täter das Buch nach der unbefugten Benutzung fast unverändert in seiner Substanz an Ort und Stelle zurücklegt. Der Täter würde daher straflos bleiben, selbst wenn er die Einlage des Buches bis auf einen geringen Betrag abgehoben haben würde. Ein solches Ergebnis befriedigt jedoch in keiner Weise. Aus diesem Grunde versuchen die Vertreter der formellen Theorie die Handlung unter den Tatbestand des Betruges § 263 StGB. zu subsumieren [152]), der durch Täuschung des auszahlenden Kassierers über die Identität des Geldempfängers verübt werde. Diese Ansicht erscheint nach unserer Auffassung äußerst bedenklich. Zum Betruge gehört als unerläßliches Merkmal eine Täuschungshandlung und als Folge davon die Irrtumserregung. Ein Blick in den modernen Verkehr einer Sparkasse wird zeigen, daß sich der auszahlende Beamte in den allermeisten Fällen über die Berechtigung des Abhebenden gar keine Vorstellung macht; es fehlt demnach an einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal. Im übrigen ist es ein unhaltbares Ergebnis, die Strafbarkeit des Täters davon abhängig zu machen, ob der Beamte sich zufällig in einem Irrtum befunden hat oder nicht.

Wenn die Konstruktion der formellen Theorie den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht wird, so bleibt uns nach der obigen Zueignungsdefinition und im Anschluß an das Reichsgericht nur die Möglichkeit, die strafwürdige Handlung als Diebstahl oder Unterschlagung zu bestrafen. Denn das unberechtigte Abheben von Sparkasseneinlagen erschöpft sich nicht im bloßen Gebrauch des Sparkassenbuches, sondern die Wegnahme des Buches aus dem Gewahr-

---

150) Vgl. R. G. St. Bd. 26, 151 ff.; Bd. 39, 239 ff.; Bd. 24, 319 ff., Bd. 42, 41 ff. u. Bd. 61, 126 ff. Vgl. ferner Allfeld a.aO. § 105 Anm. 14; Frank zu § 263 III—V; Olshausen zu § 263, A, 2 a, β.

151) Vgl. Leipz. Komm. a.a.O. zu § 242, V, 2, B, 1, c. und die dort angeführte Literatur.

152) Allfeld a.a.O. S. 437. Anm. 43. u. S. 472 Anm. 15; Ollendorf a.a.O., S. 31 ff.; Gerland a.a.O. S. 574; Liszt-Schm. S. 618 Anm. 18.

sam des Berechtigten ist bereits, wie das RG. richtig ausführt, eine Zueignungshandlung [153]).

Wenn demgegenüber Binding [154]) einwendet, die Anwendung der Diebstahlsvorschriften verstoße gegen § 2 StGB., da sie sich als Analogie darstelle, so ist dieser Vorwurf nicht gerechtfertigt. Mit Recht führt das RG. dagegen aus: „Während die einfache Rechtsüberzeugung des Laien keinen Augenblick darüber im Zweifel sein wird, denjenigen, der ein fremdes Sparkassenbuch aus fremden Gewahrsam eigenmächtig und heimlich entwendet, um sich der Sparkasseneinlage ganz oder teilweise zu bemächtigen, als Dieb zu verfolgen, sind es ausschließlich die sich an den vieldeutigen Begriff der „Zueignung und an die eigentümliche Natur des Sparkassenbuches als „Beweisurkunde" klammernden doktrinär-juristischen Zweifel, welche hier Schwierigkeiten hervorrufen. Man will sich der offenkundigen Tatsache verschließen, daß Verkehrsanschauung und Verkehrsbedürfnis die Sparkassenbücher tatsächlich den Inhaberpapieren außerordentlich genähert haben" [155]). Diese Ansicht entspricht, wie das RG. mit Recht hervorhebt, dem allgemeinen Volksbewußtsein, führt zu billigen Ergebnissen und entspricht durchaus den Bedürfnissen der Praxis.

Richtiger Ansicht nach scheiden das unberechtigte Abheben von Sparkasseneinlagen, wie auch die übrigen oben erwähnten Delikte aus dem Bereich des furtum usus aus, da sie sich im Sinne der Motive fast alle unter einem anderen Tatbestand subsumieren lassen [156]). Es bleiben aber noch eine ganze Anzahl von Gebrauchshandlungen, die de lege lata nicht geahndet werden können, wenn ihre Bestrafung auch noch so notwendig erscheint.

Im Anschluß an das Erörterte seien solche Beispiele des furtum usus in den Bereich unserer Betrachtung gezogen, die unbedingt strafwürdig, aber de lege lata nicht strafbar sind. Hier zeigt sich die Unhaltbarkeit der Begründung in den Motiven.

So macht sich z. B. eine Hausangestellte, die einen Hut oder sonstige Kleidungsstücke der Hausfrau in Gebrauch nimmt, um damit spazieren zu gehen, nicht strafbar. Nach der herrschenden Lehre begeht die Hausangestellte ein strafloses furtum usus. Nach der von uns aufgestellten Definition der Zueignung würde die Hausange-

153) So R. G. St. Bd. 39, 243; vgl. auch Frank a.a.O. § 242, VII, 2 a, 8; Olshausen a.a.O. § 242 n. 29; Zimmer a.a.O. S. 129 ff. u. Sauer a.a.O. S. 83 ff.

154) Binding Lb. 1, bes. Teil, S. 265, Anm. 1; Finger a.a.O. S. 403 ff.

155) So R. G. St. Bd. 26, 152, 153.

156) Während auch bei den gewöhnlichen Automatendelikten keine Schwierigkeiten vorhanden sind, entstehen allerdings solche bei der Subsumierung des unbefugten Gebrauchs von Arbeitsautomaten (Wiege, Fernrohr-, Fernsprechautomaten). Hier wird nur ein maschineller Apparat gebraucht, ohne daß eine merkliche Abnutzung vorliegt. Auch wird keinerlei Material geliefert. Deshalb kann bei unbefugtem Gebrauch weder Diebstahl noch Sachbeschädigung vorliegen. Hier begeht der Täter ein furtum usus. Der Versuch, den Täter hier wegen groben Unfugs (§ 360 Z. 11, St. G. B.) zu bestrafen, stellt einen Verstoß gegen § 2 St. G. B. dar. Vgl. z. dies. Ausführg. Weinschal a.a.O. S. 34—57 u. Frank zu § 360, XI, 2.

stellte dagegen trotz Rückgabe der Sache einen Diebstahl begehen, wenn der Hausfrau ein Weitertragen des betreffenden Gegenstandes nicht zugemutet werden kann. Denn der Gebrauch des Gegenstandes stellt ohne weiteres eine Ausübung der Eigentümerbefugnisse dar und erfüllt somit die positive Seite der Zueignung. Die negative Seite liegt dann vor, wenn der Gebrauch mit dem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz oder doch vom Sachwert verknüpft ist[157]).

Auch kommt es nicht gerade selten vor, daß ein Dorfbewohner ein Pferd aus dem Stalle eines Bauern nimmt und damit ausreitet oder daß der Verwalter eines Gutshofes in Abwesenheit seines Herrn mit dem besten Gespann spazierenfährt. Solche Fälle sind auch bereits in der Praxis behandelt worden, so hatte jemand das Pferd eines Offiziers zu einem weiten nächtlichen Ritt benutzt. Der Offnzier fand, als er am Morgen zum Dienst ausreiten wollte, sein Pferd von Schweiß triefend im Stall stehen, sodaß er es erst später benutzen konnte. Oder einem Bauer wurde während seiner Abwesenheit der Bulle aus dem Stalle gezogen und zu einer fremden Kuh geführt[158]).

Auch gehört der Fall hierher, daß ein begeisterter Freund des Ruderns unbefugt die Boote eines Bootsvermieters benutzt. Oder jemand gebraucht ein am Ufer liegendes Boot zur Überfahrt über einen Fluß oder über einen See. Wie bereits dargetan, fallen diese strafwürdigen Handlungen nicht unter die VO. vom 20. Oktober 1932, sie stellen sich lediglich als ein strafloses furtum usus dar. Besteht allerdings bei dem Täter die Absicht, das Boot nach dem unbefugten Gebrauch frei forttreiben zu lassen, so ist er nach unserer Auffassung als Dieb zu bestrafen[159]). Hierher gehört ein weiterer aus der Praxis entnommener Fall: „in der Wartehalle des Bahnhofs in K. stand früher ein großer eiserner Ofen mit verschiedenen Kammern, sogenannten Röhren, auf den glühendheißen Platten dieser Röhren kochten anwohnende Leute, auch wohl Reisende, in Blechgeschirren Wasser auf zur Bereitung von Kaffee oder Grog. Der Bahnhofswirt verbot das wiederholt, weil dem Ofen und damit der Halle Hitze entzogen würde. Trotzdem kamen immer wieder Fälle vor“[160]).

Nach der von uns vertretenen Ansicht kann genau wie an Elektrizität an Wärme kein furtum usus begangen werden, weil diese Energien stets durch den Gebrauch verbraucht werden. Eine Bestra-

---

157) Vgl. eigene Ausführg. S. 8; Sauer a.a.O. S. 85 ff. u. Zimmer a.a.O. S. 131 ff.

158) Diese beiden Beispiele sind der D. J. Z. 1912 Sp. 1526 entnommen.

159) A. A. Leipz. Komm. zu § 242 S. 763.

160) Dieser Fall stammt aus der D. J. Z. von 1897, S. 58, es heißt dort: „Die Staatsanwaltschaft wagte nicht die Anklage, daß die Leute eine fremde bewegliche Sache — nämlich die dem Wirt gehörige Ofenwärme — dem X in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen hätten“. Eine Einbeziehung unkörperlicher Gegenstände in den Diebstahlstatbestand würde eben eine analoge Ausdehnung des Gesetzes bedeutet und gegen den Satz: „nulla poena sine lege“ verstoßen haben.

fung wegen Diebstahls kann de lege lata nicht erfolgen, da Energien keine beweglichen Sachen im Sinne des § 242 StGB. darstellen.

Das tägliche Leben weist noch eine ganze Anzahl von strafwürdigen Fällen [161]) des furtum usus auf, die aber, da sie sich nicht unter einem anderen Tatbestand subsumieren lassen, straflos bleiben.

§ 8. Das furtum usus an Geistesgut.

Es erhebt sich noch die interessante Frage, ob ein furtum usus auch an Geistesgut möglich ist? Diese Frage ist mit Elster [162]) zu bejahen, denn „das Geistesgut nur wegzunehmen, es hinzulegen, ohne es zu gebrauchen, scheint wegen der Ungreifbarkeit, wegen der Hinterlegungsunmöglichkeit ausgeschlossen." Zu beachten ist bei diesem Problem, daß in vielen Fällen die Gebrauchsanmaßung des Geistesgutes zugleich eine materielle und imaterielle Nutzung darstellt. In diesen Fällen, bei denen der Gegenstand zugleich gebraucht wird, der das Geistesgut enthält, entstehen nach u. A. keine besonderen Schwierigkeiten. Es gibt aber Fälle, bei denen nur eine immaterielle Nutzung vorliegt. Zur Verdeutlichung dieses Problems denke man einmal an den Schwarzhörer, der nach geltendem Recht nur wegen verbotenen Betriebes einer Funkanlage, aber nicht aus einem rechtlichen Gesichtspunkte strafbar ist [163]). Das strafwürdige Moment des Schwarzhörers liegt nun aber in dem unbefugten Empfang der elektrischen Wellen [164]), wie auch in dem unbefugten Gebrauch des dadurch erlangten Geistesgutes. Wenn es auch an sich nicht verboten sein kann, aus dem der Allgemeinheit übergebenem fremden Geistesgut so viel in sich aufzunehmen, wie man eben für sich gebraucht, so ist stets Voraussetzung auch für das Recht des geistigen Gebrauches der rechtmäßige Erwerb des körperlichen Mittlers des Geistesgutes" [165]). Das Schwarzhören liegt aber außerhalb dieses rechtmäßigen Erwerbes, denn der Rundfunk-Schwarzhörer leitet unberechtigt sich die Schallwellen zu und gebraucht unbefugt das ihm durch die Übertragung gebotene fremde Geistesgut. Es läßt sich nicht leugnen, daß die Handlung des Schwarzhörers ebenso strafwürdig ist, wie die unberechtigte Entziehung elektrischer Kraft. Bei der wachsenden Vielgestaltigkeit der Technik und der damit ständig zunehmenden Bedeutung des Rundfunks für die Allgemeinheit werden sich solche Handlungen in vielen Variationen wiederholen.

---

161) Vgl. die Beispiele bei ten Hompel Diss. S. 21 u. 22. Buurmann a.a.O. S. 28/29 u. s. S. 25/27 der Arbeit.

162) So Elster a.a.O. S. 449.

163) Stengelein Komm. a.a.O. Bd. 2, S. 449 ff., insbes. S. 461 u. Bd. 1 zu § 2 Funk.-V. O. Anm. 6 (S. 347).

164) Der Rundfunksempfangsapparat ist kein Leiter im Sinne des Gesetzes v. 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen in D. J. Z. 1926, S. 161 und 512.

165) Elster a.a.O. S. 451.

Es besteht kein Zweifel, daß auch hier eine Gesetzeslücke vorhanden ist, die de lege ferenda zu beseitigen sein wird.

In diesem Zusammenhang denke man auch an den nicht selten vorkommenden Fall, daß z. B. ein Student zu einem wissenschaftlichen Vortrag oder einer wissenschaftlichen Arbeit ein Buch gebraucht, das ihm infolge der hohen Anschaffungskosten auf regelrechtem Wege nicht zugänglich ist. Er gibt sich nun bei einem Buchhändler als Käufer aus, erhält das Buch für einige Zeit zur Ansicht und gibt es dann nach dem erforderlichen Gebrauch zurück. Dem Studenten war zwar ein Gebrauch des Buches zur Ansicht gestattet, er hat das Buch aber in anderer unrechtmäßiger Weise gebraucht und durch diese Handlung eine unbefugte Gebrauchsanmaßung von Geistesgut vorgenommen. Ähnlich liegt der Fall, wenn ein Kaffeehausgeiger oder ein Leiter eines Gesangvereins gleiches mit Noten tut [166]).

All diese Vorgänge unterscheiden sich im Wesentlichen nicht von den oben angeführten Fällen der unbefugten Gebrauchsanmaßung, nur daß sie hier ein Geistesgut und keine bewegliche Sache oder beides betreffen. Mit Recht führt daher Elster [167]) aus, „die Gebrauchsanmaßung ist in ihrem Wesen nicht grundsätzlich verschieden, ob sie an materiellen oder immateriellen Gütern verübt wird." Wie dieses Problem de lege ferenda zu lösen ist, soll später erörtert werden. Es steht außer Zweifel, daß solche Interessen nicht gänzlich unbeachtet bleiben dürfen, denn als das strafrechtlich ungeschützte Rechtsgut ist jedes Interesse anzusehen [168]).

§ 9. Ergebnis.

Faßt man das bisher Erörterte kurz zusammen, so ist als Ergebnis festzustellen, daß durch die Straflosigkeit des furtum usus zweifellos eine Gesetzeslücke besteht. Andererseits hat sich gezeigt, daß viele Tatbestände des Strafgesetzbuches zu eng gefaßt sind. Viele strafwürdige Fälle des furtum usus können infolgedessen aus diesem Grunde nicht, wie es in den Motiven heißt, „durch den Hinzutritt anderer eine Strafbarkeit begründender Umstände in ein bestimmtes Delikt übergehen." Einer analogen Anwendung von Strafgesetzen steht der Grundsatz des § 2 StGB. „nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" entgegen, soweit sie sich zu Ungunsten eines an sich strafwürdigen Täters auswirken können. So ist es z. B. nicht möglich, obwohl in vielen Fällen diebstahlsähnliche Handlungen vorliegen, den Begriff des Diebstahls analog anzuwenden. Infolge des Analogieverbots scheint bei der Entziehung elektrischer Kraft der Begriff der

166) Diese Beispiele stammen von Elster, vgl. auch die auf S. 452 angeführten ähnlichen Fälle.

167) Elster a.a.O. S. 443.

168) Liszt-Schm. Lb. a.a.O. S. 4.

„Sache" nicht zu passen, bei Schwarzfahrten fehlt es an dem Begriff der „Zueignung", weiter fehlt es bei der unbefugten Gebrauchsanmaßung von Geistesgut an dem Begriff „der Sache" und an dem Begriff der „Zueignung".

Die Lösung dieser Probleme ist bereits verschiedentlich versucht worden, es erscheint daher angebracht, die mannigfaltigen Ansichten einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

§ 10. Das furtum usus de lege ferenda.

Die Literatur hat sich im Laufe der Zeit mehrfach damit beschäftigt, Vorschläge zu machen, den Begriff des furtum usus im geltenden Recht zu erweitern, bezw. das furtum usus generell unter Strafe zu stellen, während die Entwürfe sich derartigen Erwägungen verschlossen haben.

Am weitesten geht in diesem Bestreben ten Hompel [169]), der das furtum usus generell bestraft wissen will. Auch nach unserer Auffassung ist es besser, eine Generalklausel zu haben, durch die kein Verbrecher durchschlüpfen kann, als von vorneherein einem Verbrecher die Möglichkeit zu geben, genau überprüfen zu können, wann er bestraft wird und wann nicht. Der Grundsatz von Liszt [170]) „das Gesetz ist die Magna Charta des Verbrechers" gehört bereits einer vergangenen Zeit an.

Trotz dieser von uns vertretenen Auffassung möchten wir uns dennoch einer generellen Bestrafung des furtum usus nicht anschließen. Denn einmal müßte in vielen geringfügigen Fällen die Bestrafung des furtum usus als Härte erscheinen. Liegt auch in solchen Fällen zweifellos ein verwerflicher Eingriff in fremde Rechtsgüter vor, so sind diese Eingriffe oft recht harmloser Natur, sodaß sie eine strafrechtliche Ahndung nicht rechtfertigen. Andererseits ist auch aus später zu zeigenden Gründen eine generelle Bestrafung des furtum usus heute nicht mehr zu empfehlen.

Fraglich würde es noch sein, ob im Gegensatz zu ten Hompel die Ansicht zu befürworten ist, die einen Teil der furtum-usus-Fälle unter Strafe gestellt wissen will. Auch diese Auffassung erscheint uns bedenklich. Hier würde einmal die sorgfältige Prüfung der Frage, wie weit diese Bestimmung zu fassen sein würde, große Schwierigkeiten hervorrufen. Es würden auch leicht durch eine Bestimmung der vorbezeichneten Art strafwürdige Fälle straflos bleiben. Andererseits würden sicherlich bei vielen für strafbar erklärten Fällen die im Zivilrecht gegebenen Klagen und Einreden als ausreichende Mittel der Ausgleichung genügen [171]).

---

169) ten Hompel Diss. S. 33—35, vgl. auch Walther a.a.O. S. 50.
170) v. Liszt, Lb. a.a.O. § 18 Anm. 2.
171) Krüger a.a.O. S. 17 ff.; Buurmann a.a.O. S. 20.

Fest steht jedoch auch für uns, daß im Hinblick auf die dargelegten schweren Bedenken im zukünftigen Strafgesetzbuch eine Bestrafung des furtum usus nicht umgangen werden kann. Bevor wir unsere Ansicht über die zukünftige Behandlung des furtum usus darlegen, sei das ausländische Recht in Bezug auf unser Problem einer kurzen Betrachtung unterzogen.

§ 11. Kurze Betrachtung der Behandlung des furtum usus im ausländischen Recht.

Ein Ausblick auf die außerdeutsche Gesetzgebung zeigt, daß die Strafbarkeit des furtum usus durchaus nicht unbekannt ist. Die einzelnen einschlägigen Bestimmungen des ausländischen Rechts unterscheiden sich in der mannigfachsten Art. In sehr übersichtlicher Weise hat bereits ten Hompel und vor allem Walther [172]) das furtum usus im ausländischen Recht dargestellt, es kann deshalb an dieser Stelle auf die eingehenden Ausführungen verwiesen werden. Eine kurze Betrachtung zeigt, daß ein Teil [173]) der in Frage kommenden Strafgesetzbücher durch eine allgemeine Strafandrohung dieses Delikt, ein anderer Teil [174]) nur besondere Fälle des furtum usus, unter Strafe gestellt hat, wobei die Art und der Umfang der Einschränkung sehr verschieden ist. Endlich wird von einigen außerdeutschen Strafgesetzbüchern [175]) das furtum usus vom Diebstahlstatbestand mit umfaßt.

Die kurze Betrachtung des furtum usus im ausländischen Strafrecht beweist uns ebenfalls die allgemeine Anerkennung der Strafwürdigkeit dieses Delikts. Es erhebt sich nun die Frage, wie die grundsätzliche Straffreilassung des furtum usus, die de lege lata eine empfindliche Lücke darstellt, de lege ferenda am zweckmäßigsten beseitigt werden kann.

III. SCHLUSS.

§ 12. Vorschlag über die Behandlung des furtum usus im nationalsozialistischen Strafrecht.

Zwei Grundsätze des nationalsozialistischen Strafrechts sind für unser Problem von ausschlaggebender Bedeutung, einmal die Schaf-

---

172) Walther a.a.O. S. 39—46; ten Hompel Diss. S. 28—32; ferner Harburger a.a.O. S. 321.

173) So die Strafgesetze von Malta 1854, Dänemark 1866, Kolumbia 1890, Venezuela 1891, Norwegen 1902.

174) So z. B. Art. 534 d. Span. Strafgesetzbuches v. 17. Juni 1870, Art. 445 d. Portugis. Strafgesetzbuches von 1886. Vgl. die weiteren ausführlichen Angaben von Walther a.a.O., S. 41—46 und ten Hompel Diss. S. 32 ff.

175) Art. 528 des Strafgesetzbuches des Staates New York v. 26. Juli 1881, Schweizer Entwürfe: Bundesratsentwurf von 1918, Ständeratsentwurf von 1932, § 491 türk. Strafgesetzbuch vom 1. März 1926 u. s. w. Diese Angaben stammen von Walther und ten Hompel a.a.O.

fung von Tatbeständen mit umfassenderem Inhalt und zum anderen die Beseitigung des Grundsatzes „nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege“ (§ 2 StGB.) in seiner bisherigen Form.

Auch das nationalsozialitsische Strafrecht wird nicht darauf verzichten können, feste Rechtsnormen beizubehalten, denn kein Rechtsgebiet kann so wenig als gerade das Strafrecht bestimmte Rechtsregeln entbehren, aus denen im voraus erkennbar ist, in welcher Richtung der Staat seine Macht gebraucht. Dabei muß es Aufgabe der Strafrechtsreform sein, den Gesetzen von vorneherein einen umfassenden Inhalt zu geben, der aber den der Norm zugrunde liegenden Rechtsgedanken erkennen läßt [176]). Dem Richter darf dagegen nicht, wie Gürtner mit Recht ausführt, „die Aufgabe zufallen, auf der Grundlage einer weitgespannten Ermächtigung anstelle des Gesetzgebers frei Recht zu schöpfen, aber es muß ihm ein genügend weiter Spielraum bleiben, um den erkennbaren Willen des Gesetzgebers da durchzusetzen, wo es menschlicher Unzulänglichkeit nicht gelungen ist, diesem Willen umfassenden Ausdruck zu verleihen und die Fälle der Möglichkeiten vorauszusehen, die in den Tatbestand einbezogen worden wären, wenn man sie erkannt oder bedacht hätte“ [177]).

In diesen Worten liegt bereits der Hinweis auf die Notwendigkeit der Zulässigkeit der Analogie zu Ungunsten des Täters. Es hat sich bei den früheren Ausführungen oft gezeigt, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Analogie zu Ungunsten des Täters gerade für das furtum usus eine besondere Rolle spielt. Man denke an die obenangeführten Beispiele, wo oft infolge einer zu formalistischen Wortinterpretation eine Bestrafung nicht erfolgen konnte. Der Rechtssatz „nullum crimen sine lege“ schließt eben die Analogie praeter oder contra legem aus.

Diese strenge Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut verdankt ihren Ursprung der bürgerlich-liberalistischen Rechtssicherheitsideologie des 19. Jahrhunderts [178]). Die Furcht des Staatsbürgers vor Richterwillkür forderte in der Zeit der Aufklärung die eindeutige Festlegung und Übersehbarkeit der gesetzlichen Schranken. Mit dem Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung ist dieser Auffassung der Boden entzogen, da die Rücksichtnahme auf die Belange des Einzelnen aufhörte, Brennpunkt des staatlichen Interesses zu sein, und statt dessen die Volksgemeinschaft Gegenstand und Ziel aller staatlichen Betätigung wurde [179]).

So könnte de lege ferenda kein Zweifel darüber bestehen, daß z. B. der Diebstahl elektrischer Kraft als Diebstahl einer „beweglichen Sache“ anzusehen sei, ebenso würde man den unbefugten Gebrauch eines Kraftwagens als Diebstahl bestrafen können. Auch bei dem Problem der unbefugten Anmaßung von Geistesgut würden de lege ferenda keine Schwierigkeiten entstehen können, da eben in straf-

176) Vgl. dazu Siegert a.a.O. S. 22 ff. und Henkel a.a.O. S. 67.
177) So Gürtner a.a.O. S. 132. Vgl. auch Luetgebrune a.a.O. S. 42 ff.
178) Vgl. Klee D. J. Z. 1934, S. 639. u. Henkel a.a.O. S. 12 ff.
179) Vgl. Gürtner a.a.O. S. 133.

würdigen Fällen die Wortausdrücke der anzunehmenden Gesetzesbestimmung im übertragenen Sinne anzuwenden seien[180]).

Nach unserer Auffassung ist auch de lege ferenda der § 347 des Entwurfes von 1927 zu entbehren, der eine Sonderbestimmung gegen diejenigen enthält, die die Beförderung durch ein Verkehrsmittel, den Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung oder die Leistung eines Automaten erschleichen[181]). Es läßt sich bei einer Erweiterung der einzelnen Tatbestände und der Beseitigung des § 2 StGB. in seiner bisherigen Form z. B. der unbefugte Gebrauch eines Automaten unter den Tatbestand des Diebstahls, der eines Arbeitsautomaten (Fernseh-, Fernsprech-automaten usw.) unter den Tatbestand des groben Unfugs subsumieren. In den anderen Fällen des § 347 Entwurf von 1927 läßt sich entweder ein Betrug oder Hausfriedensbruch annehmen.

Im übrigen können die wichtigsten strafwürdigen Fälle des furtum usus dem allgemeinen Tatbestand des Diebstahls einbezogen werden, wann dies zutrifft, muß im konkreten Fall dem Ermessen des Richters überlassen werden.

Wir schlagen daher in Bezug auf unser Problem für das nationalsozialistische Strafrecht vor:

1. Die Beseitigung des § 2 StGB. in seiner bisherigen Form. Im Anschluß an Gürtner[182]) hat § 2 StGB. zu lauten:

„Ist die Tat nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, aber eine ähnliche Tat in einem Gesetze mit Strafe bedroht, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn der ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke und die gesunde Volksanschauung Bestrafung erfordern."

2. Sollte man bei dem Tatbestand des Diebstahls an dem Begriff der Zueignung festhalten, so ist eine in unserem Sinne mit ausdehnender Tendenz gehaltene Definition dem Zueignungsbegriff zugrunde zu legen.

Nach unserer Ansicht ist es jedoch richtiger, dem Diebstahlstatbestand eine Fassung im Sinne des § 296 des A. Entw. von 1925 zu geben, wonach anstelle der Zueignungsabsicht die Bereicherungsabsicht zu treten hat[183]).

3. Einer besonderen Bestrafung bedürfen dagegen noch die Fälle, wo ein kraft Amtes und Gewerbes geschenktes öffentliches Vertrauen mißbraucht wird, eine Privatperson das ihr geschenkte Vertrauen bricht, wenn es sich also um die Fälle einer qualifizierten Gebrauchsanmaßung handelt[184]).

---

180) Vgl. Elster a.a.O. S. 448.
181) Anders die preuß. Denkschrift S. 102.
182) Gürtner a.a.O. S. 132.
183) § 296 A. Entw. v. 1925 lautet: „Wer wegnimmt in der Absicht, sich . . . damit zu bereichern". Vgl. hierzu auch Mittermaier a.a.O. S. 348—352 u. v. Lilienthal a.a.O. S. 1 ff.
184) Vgl. S. 29 dieser Arbeit.

In Anlehnung an ten Hompel [185]) würde der Tatbestand folgendermaßen zu lauten haben:

„Wer durch Gebrauchsanmaßung das ihm kraft seines Amtes, Gewerbes, seiner Stellung oder Beschäftigung geschenkte öffentliche Vertrauen mißbraucht, wird mit Gefängnis bis . . . . bestraft."

185) ten Hompel Z. Str. W. Bd. 19, S. 803.